



Sabrina Leal de Oliveira

**A PRESENÇA DE FATORES SOCIAIS NAS DECISÕES DOS
MAGISTRADOS. CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO REALISMO
JURÍDICO NORTE-AMERICANO**

Mestrado em Direito (Ciências Jurídico-Filosóficas)

Trabalho realizado sob orientação da
Professora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho

Julho de 2013

AGRADECIMENTOS

Agradeço, aos meus pais pelas melhores lições de vida e por me proporcionarem sempre a melhor educação.

Agradeço especialmente a Professora Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho, por acreditar na realização deste trabalho, quando este era apenas uma vaga e imatura ideia. Sua orientação foi determinante para os resultados aqui alcançados.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo apresentar a importância da percepção de fatores sociais nas decisões jurídicas. O Realismo Jurídico norte-americano foi a corrente teórica escolhida, por preocupar-se com a análise dos meios e caminhos que os juízes utilizam na tomada de uma decisão jurídica, para atender a realidade social. A corrente formalista, que havia se consolidado sob uma perspectiva liberal durante o século XIX, mostrava-se ineficiente, para atender as novas demandas da sociedade. Serão estudados os autores norte-americanos do Realismo Jurídico e da Jurisprudência Sociológica, a fim de auxiliar na compreensão que, para uma decisão ser justa, é preciso que o magistrado preocupe-se mais com a realidade social e o atendimento à ordem jurídica fundamentada no bem-estar social do que com a letra fria da lei. Este trabalho volta-se para a importância e a responsabilidade do papel do juiz ao realizar Justiça, pois ou ele mantém o conservadorismo e o apego literal à letra da lei ou expande os seus horizontes e passa a ponderar também a relação de interdisciplinaridade que o Direito tem com as outras ciências, como, por exemplo, a sociologia e a economia. Diante disto, é momento de refletir o modelo institucional do Poder Judiciário aplicado no Brasil, visando a encontrar alternativas mais adequadas à realidade nacional, construir uma opinião pública e descobrir as soluções, a fim de converter o atraso em modernização jurídica.

Palavras-chave: Realismo jurídico, Realidade social, Decisão justa, Interdisciplinaridade do Direito.

ABSTRACT

This essay aims to present the relevance of social factors' perception in legal decisions. The North American Legal Realism was the theoretical path chosen due to concern itself with the analysis of the ways and means that judges use to take in order to meet the social reality in legal decision. The legal formalism model which has been consolidated under a liberal perspective during XIX century, shown to be inefficient to meet the new demands of society. Will be studied the north americans authors of Legal Realism and Sociological Jurisprudence to support the comprehension that in order to achieve a fair decision it is necessary that the judge concerns itself more about the social reality in compliance with the legal system based in social welfare instead of the literal approach of the law. This paper turns to the importance and accountability of the judge's role to pursue the justice, indeed or it keeps the conservatism relying on the literal approach of the law; or expands its horizons and also considers the relationship of interdisciplinarity that the law has among other sciences, such as Sociology and Economics. Therefore, it is time to think over the institutional model of the Judiciary applied in Brazil to find out suitable alternatives to the national reality, build a public opinion and discover solutions to convert the delay in legal modernization.

Key-words: Legal Realism, Social Reality, Fair Decision, Interdisciplinarity of the Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
I AS ORIGENS DO REALISMO NORTE-AMERICANO	11
1. Breve Histórico do Direito nos Estados Unidos.....	11
2. O Pragmatismo Filosófico Americano.....	12
3. As Críticas do Pragmatismo.....	14
4. A Crítica ao Conceitualismo Jurídico e As Influências Pré-realistas de Langdell e Holmes	16
5. A Influência do Pragmatismo Clássico no Realismo Jurídico	17
6. O Surgimento do Realismo Jurídico nos Estados Unidos	18
II OS PRINCIPAIS TEÓRICOS REALISTAS	22
1. O Realismo para Wendell Holmes	22
2. O Realismo para Arthur Corbin.....	24
3. O Realismo para Walter Cook	25
4. O Realismo para Karl Llewellyn.....	26
III CRÍTICAS AO REALISMO JURÍDICO	29
1. Jurisprudência Sociológica de Roscoe Pound	30
1.1 As Críticas de Pound ao Realismo Jurídico.....	33
1.2 Resposta de Llewellyn a Pound	36
2. A Visão Crítica de Jürgen Habermas ao Realismo Jurídico.....	38
IV RAZÕES SOCIOLÓGICAS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO	41
1. Fundamentação da Importância do Estudo da Sociologia pelos Juristas.....	41
2. A Relação dos Movimentos Sociais com o Direito.....	42
3. Movimentos Sociais e Cidadania	45
4. A Eficácia Jurídica dos Movimentos Sociais	46
4.1 O caso do direito a moradia das 70 famílias da Vila Ipororó em São Paulo	47
5. A Importância da Experiência Jurídica e dos Valores Sociais	50

V O JUIZ COMO CONSCIÊNCIA SOCIAL	56
1. O Despertar Social dos Juízes Brasileiros	60
2. Realismo a Brasileira	61
2.1 A mudança de paradigma da Corte suprema no julgar o Porte Ilegal de Armas	63
 CONCLUSÃO	 66
 BIBLIOGRAFIA	 70

INTRODUÇÃO

Este estudo busca analisar, a partir dos contributos de uma corrente de pensamento – o Realismo Jurídico norte-americano – como os juízes realizam Justiça, atribuindo sentido ao direito ou direitos em discussão.

O Direito é, em si mesmo, não somente um fato social que os cidadãos percebem no seu cotidiano, mas também, a realidade social que está onipresente na realização daquele pelos Tribunais. Recordemos, aqui, a esclarecedora afirmação, no ano de 2004, do então Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Nelson Jobim, a respeito das decisões judiciais: “Diante de um leque de interpretações, por exemplo, cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí (disse ele num comentário tipicamente pragmático) deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é a consequência”¹.

Em consulta realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros em 2005, foi perguntado aos juízes se “as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas consequências econômicas e ter compromisso com as consequências sociais?” A resposta da grande maioria, 86,5%, considerou que as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais. Todavia, 78,5% julgaram que se deve ter comprometimento com as consequências sociais. O compromisso com as consequências econômicas só foi ponderado por 36,5% dos magistrados².

Já a investigação, realizada pela *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, apresentada no Anuário de Justiça de 2010, indagou aos juízes se eles deveriam levar em conta o impacto de suas decisões em termos sociais, econômicos e de governabilidade? Constatou-se que 46% dos juízes dos Tribunais Superiores STF e STJ entenderam que sim³.

Diante desses questionamentos, pode-se notar que os juízes têm se preocupado com as consequências de suas decisões. O Pragmatismo e, depois dele, o Realismo Jurídico norte-americanos são apresentados neste trabalho como construções filosóficas e teóricas, justificadoras dessa preocupação jurisprudencial com o resultado social de suas decisões.

¹ Um breve comentário sobre o perfil dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e sobre o “Fenômeno Jobim” realizado conclui que “a responsabilidade do judiciário das consequências de suas decisões foi absorvida pela Maioria dos Ministros do STF, mesmo depois da saída do Ministro Jobim”. (ANDRADE, Fábio Martins de. O Poder Judiciário e a governabilidade. Comprometimento ou independência?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2375, 1 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14109>>. Acesso em: 17 jul. 2013).

² SADEK, Maria Tereza; BANETI, Sidnei Agostinho; FALCÃO, Joaquim. *Magistrados: Uma Imagem em Movimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 47.

³ ANUÁRIO da Justiça 2010. São Paulo: ConJur Editorial, 2010, pp. 08-09.

Enquanto a teoria clássica enfatiza a coerência das decisões anteriores (o valor elevado pelos precedentes), o instrumentalismo realista norte-americano de origem pragmática é favorável à satisfação pelas consequências jurídicas de suas decisões e do modo pelo qual o jurista deseja realizar a justiça.

O propósito do Realismo é reconstruir uma Filosofia do Direito, a partir de uma visão contextual de análise dos fatos, circunstâncias, bem como a preparação do jurista para uma sabedoria prática⁴. Por serem dirigidas à realidade social, as instituições jurídicas deveriam ser realistas quanto às necessidades sociais que pretendem suprir, reconhecendo, assim, o papel central desempenhado pelo juiz no âmbito do Direito.

A intenção de desenvolver o estudo acerca da presença dos fatores sociais nas decisões dos magistrados está na compreensão de que a Justiça depende da realidade social à qual está inserida, e não há como dissociá-la da relação com os fatores sociais, políticos e econômicos que a circundam.

A análise do tema parte das origens que fizeram com que surgisse o pensamento do Realismo Jurídico norte-americano. Ver-se-á, logo no primeiro capítulo, a forte influência do Pragmatismo, que foi uma postura filosófica inconformada com a corrente formalista (anterior e antagonica). O Pragmatismo preocupava-se com a busca de soluções adequadas ao ambiente em que o homem está inserido e as consequências almejadas para o bem-estar social.

Wendell Holmes transitou entre os pragmáticos, por ter feito parte durante um tempo do “Clube de Harvard”, e também entre os realistas, e por eles foi considerado o precursor e principal responsável pelo desenvolvimento do Realismo Jurídico nos Estados Unidos.

Assim como os demais teóricos assumidamente realistas, Holmes desenvolveu o Realismo inicialmente nos bancos universitários, fazendo, portanto, com que surgisse uma nova geração de juristas, mais preocupados com as consequências sociais de suas decisões do que com o apego literal da letra fria da lei. Quando assumiu a magistratura, passou a proferir votos inovadores, deixando claro que o importante para um juiz era julgar, de acordo com suas experiências e padrões da sociedade em que está inserido.

Na perspectiva do Realismo Jurídico americano de Olivier Wendell Holmes (1841-1935), que desenvolve a teoria com a ideia chave, sintetizada na frase de seu livro *Common Law*: “A existência do direito não tem sido lógica; tem sido experiência”. Revela-se que

⁴ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Posner e a Análise Econômica do Direito: Da Rigidez Neoclássica ao Pragmatismo Frouxo: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 04.

aquilo que as Cortes decidem, de fato, é nada mais do que aquilo que os magistrados pretensiosamente entendem por direito.

Arthur Corbin, Walter Cook e Karl Llewellyn serão comentados no segundo capítulo, por terem assumido a postura de realistas jurídicos norte-americanos, quando muitos outros se esquivavam de tal comprometimento, por não quererem ser rotulados de pensadores progressistas liberais em uma época política de regimes totalitários, em que mudanças de pensamento não eram bem concebidas.

Duas grandes conquistas jurídicas, decorrentes do Realismo, serão destacadas. São elas: o desenvolvimento da importância da interdisciplinaridade do Direito com as outras ciências, como Sociologia e Economia, passando a ser também estudadas nas universidades pelos acadêmicos do curso de Direito; e a mudança do método jurídico, a ser aplicado pelos juristas para a resolução dos problemas, é que fez com que se minimizasse o foco da letra da lei, dando maior ênfase à repercussão macro social das decisões.

Avançando para o terceiro capítulo, se verá que todas as modificações do pensamento realista fizeram com que fatores externos sociais intervissem no modo de aplicar o Direito, e, assim, a sociologia jurídica passa a ganhar espaço, dando-se destaque à tese da Jurisprudência Sociológica, de Roscoe Pound.

Os ministros da Suprema Corte brasileira, em manifestações recentes, declararam, em seus votos, a presença do pensamento do Realismo Jurídico, ratificando, na prática, a Teoria de Wendell Holmes, de que “O Direito é o que os tribunais dizem que ele é” (*The law is what the courts say it is*).

“Não estamos aqui para caminhar, seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina = discurso sobre o Direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o contrário”⁵.

“Venho afirmando que o julgador, ao deparar-se com determinada questão jurídica, busca, nas convicções íntimas, na formação humanística, enfim, na cosmovisão que possui, a resposta que mais lhe afigure correta e justa. É o que chamam de contexto de descoberta. Em seguida, procura, no ordenamento jurídico, os fundamentos capazes de sustentar a conclusão. Surge aí o contexto de justificação. Quando a solução mais justa, na concepção particular do intérprete, não encontra esteio no arcabouço normativo, impõe-se a revisão do sentimento inicial. Às vezes, o politicamente correto simplesmente não equivale ao juridicamente acertado”⁶.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 4.335-5*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Citação do Ministro Eros Grau em seu Voto no Julgamento da Reclamação nº 4.335-5 do STF, fl. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.937/SP*. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf> fl.33>. Acesso em: 01 jul. 2013.

O trabalho também discutirá a exposição sobre a experiência jurídica e em como está relacionada com o que é direito, com o que é “justo” ou “certo.” As experiências jurídicas serão entendidas como um complexo de vivências em torno do direito, incorporando igualmente as suas negações e violações. O objetivo é engrandecer tais experiências, entendendo-as como categorias de compreensão das próprias decisões jurídicas, na qual podem ser percebidas as múltiplas tensões sobre o direito em uma sociedade.

Por fim, para elucidar a atualidade do tema acerca da presença dos fatores sociais e do pensamento realista nos julgados recentes brasileiros, serão analisadas algumas decisões judiciais e percebido que elas não podem distanciar-se da realidade e da expectativa de justiça da sociedade. Como já dito acima pelo ex-ministro da Suprema Corte Nelson Jobim, respostas jurídicas existem, para decidir e fundamentar como o magistrado queira (assim foi no caso dos Moradores de Itororó a ser estudado infra no capítulo IV), basta saber como a consciência do juiz irá querer julgar e o quão preocupado ele está com as consequências sociais ou políticas dessa sua decisão.

I AS ORIGENS DO REALISMO NORTE-AMERICANO

1. Breve Histórico do Direito nos Estados Unidos

O direito norte-americano advém do sistema *Common Law* inglês que vigorou até a proclamação da independência. Este sistema jurídico segue duas acepções: *equity law* e *statute law*⁷.

A *equity* compreende uma versão mais branda do *Common Law* no que diz respeito às exigências técnicas e formais, se aprofundando mais nos ideais e valores de justiça. Procura, portanto, legitimar as decisões dos julgadores baseadas na equidade, como forma de flexibilização da rigidez do sistema. Na visão *equity* da *Common law* há o compromisso de se ater aos precedentes judiciais já estabelecidos (*stare decisis*), e nela a jurisprudência foi a principal fonte de direito para os juízes que obrigavam-se a respeitar as normas firmadas nos precedentes das cortes superiores.

Já o *statute law* significa, a compreensão do direito resultante dos atos normativos editados, tais como os tratados internacionais, constituição e leis. Neste sentido, representa forte influência do sistema *Civil Law*, pois passa a conceber no *Common Law* norte-americano a primazia de uma constituição escrita e que se encaixa numa organização jurídica piramidal⁸.

Não obstante, a lei permanece exercendo papel secundário coloca o *Common Law* em posição diretamente antagônica ao sistema romano-germânico. Continua prevalecendo, por conseguinte, a teoria de que o juiz verdadeiramente cria o direito, evidenciando o ponto fundamental do sistema: a regra do precedente, também chamada de *stare decisis*.

O funcionamento do *stare decisis* nos tribunais ocorre da seguinte forma: quando um ponto de direito é fixado na resolução de um caso inédito, ele se converte, de imediato, em uma norma que deve ser acatada obrigatoriamente em demandas semelhantes, tanto pelas Cortes inferiores como pela própria Corte proclamadora, salvo acaso haja revogação. Em uma nova lide, o juiz deve, após identificar os fatos relevantes e as normas legais postas em causa, buscar um precedente que cuide daquele problema jurídico e no qual se constate, ainda, que o

⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000, pp. 31/37.

⁸ *Ibidem*, pp. 37/39.

debate se ampare em situação fática análoga, para somente então reproduzir a conclusão do julgado antecedente.

A operação com precedentes configura mecanismo culturalmente enraizado nos Estados Unidos, pois cada povo revela em sua disciplina social e jurídica, o reflexo de seu modo peculiar de vida, isto é, revela os atributos característicos que lhe pertencem e este é o sentido sociológico, os costumes, dos quais a jurisprudência nos Estados Unidos, extrai as normas aplicáveis à solução dos conflitos⁹. O processo judicial nos Estados Unidos tem característica forte no senso comum de justiça como igualdade e repetição, sendo, por isso, compreendido a partir de casos retirados do dia-a-dia, de onde se apura um critério-regra passível de generalização e de aplicação a novas situações¹⁰.

2. O Pragmatismo Filosófico Americano

O pragmatismo nasceu por volta de 1870 nos Estados Unidos da América consequente dos estudos de três norte-americanos: Charles Sandres Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859-1952). Peirce com Olivier Holmes Jr., Nicolas Saint, John Green e William James fundaram o “Clube Metafísico de Harvard”¹¹. O objeto da análise de pragmática é afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-las das questões fáticas.

A ideia do Pragmatismo Clássico era construir uma alternativa às escolas filosóficas até então dominantes: o Racionalismo alemão e o Empirismo britânico. Os pragmatistas clássicos evidenciaram uma necessidade de reformular a relação passiva entre sujeito e realidade, transformando-a em uma relação ativa e criativa. Concluíram que as concepções sobre os fatos são constituídas pelas atitudes e crenças das pessoas, que por sua vez eram definidas como aquilo com base em que um homem se prepara para agir. A noção de “experiência”

⁹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida ds Direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133.

¹⁰ Diante deste contexto se percebe a distância das origens do direito advindos da *Common Law*, para os nossos de procedência romano-germânico e isso explica o porquê do Realismo Jurídico ter suas raízes e desenvolvimento mais enfático por doutrinadores norte americanos. Todavia, isso não significa que não houve movimento realista e outros países, destacando-se o realismo escandinavo Kalr Olivecrona e Alf Ross que fez uma síntese perfeita entre o realismo psicológico e o condutista, nestes termos: enquanto a teoria psicológica explica a vigência do direito segundo a fórmula o direito é aplicado porque é vigente, a teoria condutista proclama que o direito é vigente porque é aplicado. (RIBEIRO, F. T. C.; CAVALCANTE, H. C. *O Realismo Jurídico*. Disponível em: <www.anamatra19.org.br/artigos/_henrique_cavalcante/007.pdf>. Acesso em: 04 out. 2012.

¹¹ DE WAAL, Cornelis. *Sobre o Pragmatismo*. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007, p. 17.

como interação entre o agir humano estar relacionado com suas crenças foi a grande novidade trazida pelo pragmatismo. Ou seja, o pragmatismo clássico inovou apresentando um veículo entre a teoria e a prática, pensamento e ação, até então ainda não suscitado no mundo jurídico¹².

Peirce e James concordavam que o pragmatismo não era uma filosofia propriamente dita, pois não tinha o propósito de explicar o dever ser no mundo, assim como também não defendiam que fosse uma doutrina ou metafísica. Eles teorizavam mais o pragmatismo como método no qual o significado dos conceitos é formulado pelos fatos e pela experiência, assumindo assim uma postura filosófica inconformada com modelo de pensamento predominante anterior das escolas alemãs e britânicas.

A corrente formalista que é anterior e antagônica tentou desenvolver uma teoria do direito com base na lógica interna e imutável do direito. Defendiam a compreensão do direito segundo a metodologia das ciências indutivas, e que o direito teria todas as respostas em si próprio para a correta solução do litígio, não importando os termos nem a complexidade da disputa.

Acreditavam que existiria uma estrutura racional ao direito independente das crenças particulares das pessoas, como se essa estrutura existente pudesse ser usada para descrever objetivamente e representar a realidade das coisas mesmo essas estando fora do campo do direito. Por isso dizer que os formalistas defendem que os juízes não criam o direito, mas sim declaram o direito preexistente.

Na teoria de Peirce o importante era a fixação de crenças porque através dela que se podia alcançar a significação de um termo, sendo essa significação entendida como consequência das próprias ações ou hábitos. A primeira teoria pragmatista foi publicada por Charles Sanders Peirce no artigo “*How to Make Our Ideas Clear*” (“Como tornar claras nossas idéias”), no número de janeiro de 1878, da revista *Popular Science Monthly*¹³, bastante conhecido pelo postulado: “a função do pensamento é produzir hábitos de ação e ‘o que dá sentido a uma determinada coisa é apenas o conjunto dos hábitos que a envolvem’” que tornaram-se conhecidos como máximas pragmáticas da teoria de Pierce.

¹² Não será foco de nossos estudos apresentar os importantes aspectos metodológicos de significação de conceitos e termos, nos restando informar apenas que esse método pragmatistas (principalmente desenvolvido por Peirce) tinha o fim “prático de clareza de ideias” visando facilitar a relação entre teoria e prática, associando a significação dos conceitos de forma que fique o mais inteligível e compatível possível com as consequências práticas concebíveis de seus termos.

¹³ PEIRCE, Charles Sanders. *How to Make our Ideas Clear*. Tradução de Antonio Fidalgo. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_nossas_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2013.

No contexto metodológico de Peirce, o pragmatismo clássico não rejeitava a elaboração de hipóteses ou teorias, mas exigia que elas partissem de pressupostos advindos da experiência e apresentassem consequências práticas e verificáveis e compreensíveis.

Já na teoria de William James a perspectiva da "experiência" está no ponto de vista mais psicológico e individual no sentido de sensações e reações¹⁴. Para ele o conhecimento resultava das ações e experiências humanas, assim como os fatos da vida estão em mutação, a experiência também estava e quando os fatos mudam a experiência das pessoas que os vivenciaram também se modifica.

Para James o nome mais adequado para o movimento seria empirismo radical:

*"Digo "empirismo" porque se contenta em considerar suas mais seguras conclusões concernentes à realidade como hipóteses capazes de modificação no curso da experiência futura; e digo "radical" porque trata a doutrina do monismo em si como uma hipótese, e diferente, e muito do empirismo pela metade que é corrente sob o nome de positivismo ou agnosticismo ou naturalismo científico, não afirma dogmaticamente o monismo como alguma coisa com a qual toda a experiência seja obrigada a adequar-se"*¹⁵.

Sendo assim, nesse raciocínio de James o conhecimento obtido através de teorias nada mais são do que modos mentais de perceber e se adaptar a realidade. James relacionava a significação das concepções humanas a consequências particulares ou experiências concretas e Pierce relacionava essas concepções a consequências gerais¹⁶.

3. As Críticas do Pragmatismo

O foco dos pragmáticos era a crítica às teorias abstratas que propunham suas ideias num espaço da metafísica, sem contato com experiência. Tinham essa opinião porque não aceitavam a imutabilidade da natureza humana e do ambiente externo à ela. Amparavam seus estudos na teoria darwinista que havia apresentado a natureza humana como um conjunto de adaptações e mudanças, tipicamente exercidas pelas práticas sociais, e não por meio de abstrações teóricas.

Sendo assim, o pragmatismo clássico tinha como seu eixo central a ênfase na utilidade prática da filosofia. Por essa razão a essência investigativa da filosofia sobre o pensar e agir humano não poderia se isolar nas abstrações hipotéticas das Academias. Ao contrário, deveria

¹⁴ DE WAAL, Cornelis. *Sobre o Pragmatismo*. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007, p. 243.

¹⁵ JAMES, William. *Pragmatismo e Outros Ensaios*. Tradução de Jorge Caetano da Silva. Rio de Janeiro: Lido, 1967, pp. 225-226.

¹⁶ DE WAAL, Cornelis. *Sobre o Pragmatismo*, p. 53.

fazer o caminho inverso e começar na avaliação da vida cotidiana, suas preocupações e pressões e daí desenvolver teorias filosóficas à respeito para abordar de forma crítica e reconstrutiva as práticas e instituições sociais.

O pragmatismo tanto de Charles Peirce quanto de William James encarava a realidade como algo maleável, à espera de receber a sua interpretação final através da forma prospectiva de nossos pensamentos com foco nas consequências e na flexibilidade dos conceitos e seus significados, sem perder o vínculo com as experiências já absorvidas pela sociedade.

E, em se tratando de experiência de processo investigativo, a história formada por nossas experiências emprestaria um espaço ao pragmatismo que nenhuma filosofia de inspiração nas ciências naturais poderia ter.

O caráter normativo do pragmatismo clássico está na ênfase dada às consequências da experimentação investigativa porque, se para esta teoria, as consequências são os fins da investigação, não poderiam estes se dissociar de seus meios investigativos que é o modo utilizado para perseguir tais fins.

Três são as características principais do pragmatismo clássico: **i)** o antifudacionalismo, que consiste numa rejeição de entidades metafísicas, conceitos abstratos, categorias apriorísticas, princípios perpétuos, instâncias últimas, entes transcendentais, dogmas etc. Trata de negar que o pensamento seja passível de fundações estáticas. Não nega função prática a conceitos como “liberdade”, “igualdade” e “justiça”, mas acredita que os significados destes termos estão nas experiências que vivenciamos sobre eles; **ii)** o contextualismo, de acordo com o qual a investigação filosófica deve estar engajada no contexto, levando em consideração a cultura de uma sociedade e suas relações com as instituições e práticas sociais; **iii)** o consequencialismo (no sentido da escolha da solução dos problemas dever ser feita a partir das consequências práticas advindas da experiência, ou seja, na antecipação de consequências futuras¹⁷).

Portanto, o pragmatismo clássico é a busca de soluções adequadas ao contexto em que o homem vive e as consequências desejadas para o bem estar da sociedade. Ser pragmático é ter o pensamento voltado para a prática, para a ação. E, é nesse sentimento ou comportamento que inspirou o pensamento do realismo jurídico conforme será explorado daqui por diante.

¹⁷ ARRUDA, Thais Nunes. *Como os Juízes Decidem Casos Difíceis. A Guinada Pragmática de Richard Posner e As Críticas de Ronald Dworkin*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 38.

4. A Crítica ao Conceitualismo Jurídico e As Influências Pré-realistas de Langdell e Holmes

O primeiro reitor da faculdade de Direito de Harvard Christopher Columbus Langdell¹⁸ foi considerado um pré-realista, ficou no cargo de 1870 a 1895 revolucionou completamente o ensino do direito nos bancos universitários. Desenvolveu importante contribuição para a teoria do direito o denominado “método do caso” que amparava-se na dicotomia entre ciência e praticidade.

Preocupava-se em buscar a verdade única do direito de forma empirista, no pensar de Langdell: “Todo material disponível dessa ciência que é o direito, está contido nos livros impressos... A biblioteca é para nós o que os laboratórios da universidade são para químicos e físicos, o que o museu de história natural é para o zoólogo e o que o jardim botânico é para os botânicos”¹⁹. E mesmo sendo um formalista que acredita em fórmulas de busca da verdade única do direito, contribuiu significativamente para o avanço e desenvolvimento das teses realistas.

Langdell sempre preocupou-se com o Por que? e Como? das decisões. Não ligava particularmente se os alunos sabiam ou se eram capazes de afirmar ou não as regras e normas jurídicas, e sim em como a Corte fez isso ou porque o fez. Esse era seu método que visava o desenvolvimento de habilidades como: análise jurídica, raciocínio jurídico, argumentação e síntese jurídicas. Em 1907 trinta das noventa e duas escolas de direito americana já aplicavam os ensinamentos da teoria do método do caso sob o título da disciplina de “Direito Langdelliana”²⁰. Esse fazer pensar sobre o Direito que vai além do conhecimento das normas jurídicas foram uma das causas expoentes que potencializou o surgimento forte realista americano em meados de 1920. Ele foi o primeiro a dar uma expressão teórica consciente da nova ordem das coisas e foi por isso que se tornou símbolo de seu tempo²¹.

Já Oliver Wendell Holmes (1841-1935), que após publicar *The Common Law* em 1881 foi convidado por Langdell juntamente com outros jovens prodígios e talentosos (como: John Gray, Henry Adams e John Fiske) para lecionar em Harvard. Aceito o convite suas aulas não duraram nem dois meses, pois, Holmes sempre deixou bem claro que sua realização

¹⁸ Christopher Columbus Langdell foi o primeiro reitor de direito da Universidade de Harvard de 1870 a 1895, revolucionou o ensino jurídico completamente, pois acreditava na verdade empirista do direito; no direito como ciência. Deixou como principal legado o estudo sobre a análise do caso, ou “método do caso”.

¹⁹ LANGDELL, Christopher C., *apud* FERREIRA, Daniel. *Ensino Jurídico e Teoria do Direito nos EUA*. Traduzido por Daniel Ferreira. Curitiba: Juruá, 2012, p. 35.

²⁰ TWINING, William, *apud* FERREIRA, Daniel. *Ensino Jurídico e Teoria do Direito nos EUA*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 39.

²¹ FERREIRA, Daniel. *Ensino Jurídico e Teoria do Direito nos EUA*, p. 41.

profissional estaria na magistratura e tão logo recebesse a oportunidade não hesitaria em aceitá-la, foi o que aconteceu em 1882, chamado para integrar a Corte de Massachusetts²². Holmes deixou seu legado em inúmeros artigos escritos, nos dois livros escritos: *The Common Law* e *The Path of Law* e em muitos marcantes votos como juiz da Suprema Corte Americana.

Enquanto Langdell acreditava na verdade única que o direito poderia atingir e era extremamente formalista, Holmes acreditava justamente no oposto. Afirmava que o direito estava se aproximando, mas não a alcançaria uma verdade única. Como Langdell, antes dele Holmes já havia sentido a necessidade de sua época e obtido sucesso em expressar ideias aparentemente revolucionárias.

5. A Influência do Pragmatismo Clássico no Realismo Jurídico

Influenciado pelo Pragmatismo Clássico nas décadas de 20 e 30 do século passado o Realismo Jurídico norte-americano surgiu dando forma desenvolvendo e explorando o pensamento jurídico do pragmatismo. O termo "realismo jurídico" é utilizado para descrever a teoria e prática do pensamento que mostrava resistência ao formalismo da tradição jurídica norte americana.

Oliver Holmes (1841-1935) foi influenciado pelos pragmatistas clássicos, tendo participado de reuniões no “Clube de Metafísica de Harvard”, muito embora tenha sido reconhecido como representante do realismo jurídico e como um dos membros criadores da Teoria Sociológica do Direito, rompeu com seus antecessores ao insistir que os juízes devem considerar as consequências de suas decisões na interpretação jurídica, criando o direito como legislador ocasional.

Holmes afirmava que grande parte do Direito foi inventada em um contexto histórico, e devido as mudanças de realidades das sociedades serem constantes, as reais finalidades do Direito igualmente também precisariam serem continuamente revistas. O Direito para Holmes é entendido como previsão das decisões futuras dos Tribunais por pretender descrever os comportamentos ou práticas reais que contribuem para a elaboração das regras jurídicas.

²² No modelo norteamericano, não há concursos para os juízes. Trata-se de indicação política. Juízes estaduais são apontados pelos governadores. Juízes federais e de tribunais federais superiores, a exemplo da Suprema Corte, são indicados pelo presidente da república, e posteriormente são sabatinados pelo Senado.

Defendia-o como resposta aos interesses da sociedade, para Holmes alcançar os fins sociais é o dever do Direito. Para tanto o papel essencial à atividade decisória do juiz é levar em conta as necessidades sentidas pela sociedade, a moral e as teorias políticas dominantes, o interesse público diante desses ideais o realismo de Holmes ficou conhecido como “Realismo Jurídico Progressivo”.

A principal divisão das linhas que geraram o Realismo Jurídico americano deu-se de seguidores das ideias de Oliver Holmes Jr. que inaugurou na Suprema Corte Americana o ceticismo em relação a existência de um direito natural ou qualquer ideia absoluta de justiça.

6. O Surgimento do Realismo Jurídico nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos o Realismo Jurídico desenvolveu-se por professores das Universidades de Johns Hopkins, Columbia e Yale. Com sua boa aceitação pelos estudantes em poucos anos revolucionou tribunais e bancas de advocacia. Potencializou-se no período entre guerras, perdendo fôlego durante os anos mais problemáticos da luta contra o *perigo vermelho*, na década de 1950.

O movimento realista acadêmico dos Estados Unidos faz parte das transformações que marcaram a primeira parte do século XX. É contemporâneo do pragmatismo na filosofia, da geometria não-euclidiana, da teoria da relatividade de Albert Einstein, de novos métodos e abordagens na psicologia, como o freudismo e a psicanálise. O momento acadêmico voltava-se para investigação em relação a sistemas de axiomas e de teoremas, e ainda ao estudo do valor dos raciocínios indutivos e dedutivos e da possibilidade das regras formais poderem, ou não, organizar as relações humanas²³.

O Realismo Jurídico norte-americano, acompanha em verdade as linhas do pensamento progressista do *Progressive Legal Thought* onde o alvo eram os autores clássicos (*Classical Legal Thought*) do final do século XIX que pretendiam criar um modelo que separasse rigorosamente da política, representando esse direito como neutro e natural²⁴.

O *Progressive Legal Thought* impugnava que o simples silogismo de raciocínio decorrente de regras e precedentes obtidos com base em fatos e casos concretos pudessem

²³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O Realismo Jurídico Norte Americano é Intrigante. *CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-15/embargos-culturais-realismo-juridico-norte-americano-intrigante>>. Acesso em: 04 out. 2012.

²⁴ HORWITZ, Morton J. *The transformation of American Law – The Crisis of Legal Orthodoxy 1870-1960*. New York, Oxford University Press, 1992, pp. 169-170.

levar a decisão mais correta. O primeiro a combater essa forma de compreensão do Direito como sendo um problema abstrato de lógica foi Oliver Wendell Holmes Jr. Que ainda enquanto jovem advogado publicou um de seus textos mas famosos “*Common Law*”. Nesta obra Holmes já afirma que somente existiria a incidência da força pública por meio da instrumentalidade dos tribunais. Anos depois, o professor de Harvard, John Chipman Gray passou a defender a ideia do papel individual do juiz fazendo assim, também, oposição ao *Classical Thought* que defendia uma lógica do direito auto aplicável que decidisse casos particulares. Após Holmes e Gray, Louis Brandies e Felix Frankfurter passaram também a apoiar a ideia de que os juízes deveriam conscientemente considerar os prováveis resultados sociais de suas decisões.

Ao aceitar o pensamento do Realismo Jurídico leva-se ao limite a ideia de que juízes primeiramente decidem e depois engendram modelos de dedução lógica para justificar tal decisão. Porque o pensamento seria instrumento para ajuste das condições de vida, o direito seria mecanismo para resolução de problemas concretos. Abandona-se o Direito Natural e a Metafísica, em favor do pragmatismo, da utilidade prática e da atuação fática.

Nos textos realistas pode-se perceber que o formalismo convencional, que tem por base a concepção de resultado lógico a partir da natureza das coisas, transformou-se no raciocínio de que o Direito procura justificativas a partir do conhecimento das condições sociais e em conformidade delas se aplica a lei para assim alcançar a política social supostamente aceita como resultado almejado.

Em contrapartida ao formalismo, os professores realistas desenvolveram poderosa e inovadora visão teórica do direito e das decisões judiciais. Usou-se metodologia marcada pelo estudo cognitivo sem os excessos de cautelas da metodologia tradicional, na qual o juiz deveria buscar conceitos, tais como exemplo de *moralidade, conhecimento, lei*, e a partir deles fundamentar juízos de subsunção.

Sobre o Realismo Jurídico norte-americano Paulo Ferreira da Cunha comenta que:

*“Não só o juiz é o grande protagonista do Direito, como o verdadeiro pai e dono do mesmo, o Law in the books claudica perante o Law in the action, e este depende, nas versões mais extremas, da digestão do juiz ou do fato relevantíssimo de ter ou não escutado, antes de lavrar sua sentença, o mavioso canto do rouxinol Há assim, um profundo cepticismo quanto à força e função das normas de per si, e mesmo um distanciamento face aos próprios fatos”*²⁵.

O realismo tem como característica a desconfiança da utilização da lógica nos tribunais, em razão da pressuposição de que julgadores primeiro decidem e depois

²⁵ CUNHA, Paulo Ferreira. *Síntese de Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 225.

fundamentam as decisões com elementos basilares de silogismos, premissas, maiores e menores, conclusões. Criticando assim, severamente a utilização da lógica nos julgamentos, acusando ainda que ela somente encontra maneira de se fazer viável em decorrência da ignorância jurídica dos seus administrados. O realismo anunciava assim os ideais basilares do pensamento pós-moderno, criticando o instrumentalismo da razão e o afastamento entre fatos e regras.

Na percepção dos realistas uma regra é uma norma jurídica quando utilizada por um juiz ao aplicar e relacioná-la no julgamento de um caso concreto. Defende que os fatos determinam as decisões, promovendo assim uma questão essencial: como os juízes respondem aos fatos?²⁶

No pensamento realista os juízes responderiam muito mais aos fatos (*fact-responsives*) do que às leis (*rule-responsives*). Além das normas, muitos são os fatores que marcam a atuação dos juízes; que podem ser consciente e inconsciente. A decisão final não seria resultado exclusivo da aplicação da norma (mesmo que essa metodologia possa vir a permitir mais de um resultado), mas sim dos fatores psíquico-sociais, que variam da ideologia do magistrado a seu papel institucional, como traço inegável em sua personalidade.

Assim dentre as características mais marcantes do realismo destaca-se o forte ceticismo em relação ao: a) formalismo normativista; b) ao conceitualismo; e c) a possibilidade mecanicista de determinação das decisões judiciais. O movimento realista marcou a característica de falta de previsibilidade da solução dos litígios e indeterminação do direito no seu sentido e aplicação, além disso despertou a relevância da utilização de elementos externos ao direito para a explicação fática e prática jurídica nos tribunais²⁷.

Advogados admitem que juízes são influenciados por outras circunstâncias que não são necessariamente jurídicas. Juízes, advogados e promotores reconhecem as características

²⁶ Sobre o assunto Miguel Reale comenta: *"Aconteceu, porém, que o desajustamento entre o sistema de leis e os fatos sociais foi se tornando cada vez mais grave. Alguns juristas passaram a reconhecer que os processos de interpretação histórico-evolutiva, que possuem no eminente Saleilles o seu maior defensor, não eram suficientes, pois muitas vezes nem mesmo se encontrava lei cujo conteúdo pudesse ser aplicado de maneira social-progressiva. Revelaram-se casos tão imprevistos na vida jurídica que era impossível rebuscar uma lei ajustável, por artifício de interpretação, às circunstâncias morais e econômicas. Surgiu, a essa altura da teoria jurídica do século passado, um movimento que ficou conhecido como sendo de Livre Pesquisa do Direito, cujos reflexos chegam até nossos dias, suscitando diferentes orientações firmadas por juristas e juristas sociólogos, franceses e alemães, como Gény e Ehrlich, Leroy e Bülow, ou norte-americanos, como Benjamin Cardozo e Roscoe Pound e, mais recentemente, os neo-realistas, como Jerome Frank e Karl N. Llewellyn. (REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 429).*

²⁷ GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A Influência do Realismo Jurídico Norte-americano no Direito Constitucional Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 69.

políticas das regras jurídicas e das decisões. A doutrina dos textos do direito norte-americano, rotineiramente consideram o contexto econômico, político e histórico das decisões judiciais; nesse sentido, todos seriam contemporâneo e pertinentemente realistas até hoje.

II OS PRINCIPAIS TEÓRICOS REALISTAS

O propósito de identificar o pensamento realista e apresentar os traços característicos mais marcantes de alguns filósofos americanos está em perceber que o direito é muito mais complexo que a aplicação das leis ao caso concreto. Ao estudar o realismo fica mais evidente que o Direito depende também do senso de justiça dos magistrados, e por sua vez de fatos externos sociais que influenciam indiretamente na forma de pensar desses juristas.

1. O Realismo para Wendell Holmes

Holmes se matriculou na Escola de Harvard em 1863 onde três advogados idosos lecionavam aulas dogmáticas de Direito, em dezoito meses era possível graduar-se na profissão e foi o que aconteceu.

Quando Holmes estudou direito, ele complementou a educação pessoal com intermináveis leituras que incluíam Montesquieu, Platão, Hume, Locke, Hobbes, Mill, Spencer. Seguindo assim os aconselhamentos que Thomas Jefferson havia dado aos estudantes de direito para que fizessem de todos os campos do conhecimento uma esfera de aprendizado pessoal; para tanto bacharéis em direito deveriam ler ciências naturais, história, *belles-lettres*, crítica literária, retórica, oratória, enfim ler de tudo, todo o tempo. Holmes não só seguiu estes ensinamentos como passou-os adiante.

Seu conhecimento jurídico foi reconhecido em 1870 quando ele se vinculou a Escola de Direito de Harvard na disciplina de constitucional a convite do primeiro reitor *Langdell* e passou a escrever artigos para a revista jurídica americana *American Law Review*.

Como dito, Holmes aceitou a proposta de lecionar em *Harvard*, porém abandonou as aulas e passou, como magistrado, a proferir votos e entendimentos jurídicos inovadores, bem escritos e considerados liberais para a época.

Ainda antes de ingressar na magistratura Holmes escrevera dois livros *Common Law* e *The Path of the Law*. Nessas obras encontram-se os pensamentos essenciais para a compreensão tanto do realismo quanto das ideias de Holmes. Ele incentivava os juízes a estudarem outros assuntos afins ao direito, pregava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões deviam ser claramente identificadas. Neste raciocínio Holmes

também rejeitava o uso da lógica e da história, porque na sua concepção ambas forneciam apenas disfarces retóricos para as decisões jurídicas.

Tal pensamento ficou claro em suas palavras que são uma das frases mais famosas do linguajar jurídico norte-americano. Segundo Holmes, *proposições gerais não decidem casos concretos*. É sua a mais eloquente passagem do realismo jurídico norte-americano:

“A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há e se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes”²⁸.

Os dois livros de Holmes fundamentam concepções que ajudaram a construir a teoria do realismo jurídico, em uma nova abordagem, abandonando as tradições analíticas do formalismo e trazendo novos ideais aos bancos universitários que passavam a enxergar em suas aulas que *“a lei era na verdade a história do desenvolvimento de uma nação”*, afirmando ainda que *“a vida da lei não tem sido lógica tem sido experiência”*. Assim começou a defender e ensinar que através das decisões jurídicas e da forma que os juízes julgavam os casos que chegavam em suas mãos o direito ia verdadeiramente se criando.

No livro *The Common Law* Holmes critica fortemente o formalismo, afirmando que a decisão judicial não é a mera aplicação de um precedente. E deixa claro que o juiz deve julgar de acordo com suas experiências e padrões da sociedade em que está inserido. Assim, Holmes hostilizou o pensamento de Christopher Columbus Langdell, antigo diretor de Harvard, que defendia e afirmava o Formalismo Jurídico nos Estados Unidos.

Em *The Path of the Law* texto que tem abertura antológica, no qual a retórica de Holmes emerge com todo esplendor:

“Quando estudamos direito não estamos tratando de um mistério, porém de uma profissão muito conhecida. Estudamos o que devemos buscar ao falarmos com um juiz, ou como aconselhar as pessoas de modo que elas evitem problemas e fiquem distantes dos tribunais. A razão pela qual o direito é uma profissão, os motivos pelos quais as pessoas pagam advogados que as representem junto aos juízes, reside no fato de que em sociedades como a nossa o comando da força pública está concentrado em juízes, que movimentam toda força do Estado, se necessário, para o implemento das decisões judiciais. As pessoas querem saber sob quais circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e consequentemente a isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso estudo, então, é previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça”²⁹.

²⁸ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991, p. 01. Disponível em: <http://search.4shared.com/postDownload/jN1hv4vO/Oliver_Wendell_Holmes_-_The_Co.html>. Acesso em: 17 jun. 2013.

²⁹ *Idem*. *The Essencial Holmes*. Chicago University Press, 1992, p. 160. Disponível em: <http://www.goodreads.com/book/show/36488.The_Essential_Holmes>. Acesso em: 17 jun. 2013.

Ao exercer o ato de julgar Holmes, ouvia o povo, ouvia a si própria e de acordo com o contexto fático que proferia suas decisões, e não vice versa. Ou seja, adequava as normas ao seu pensamento jurista e este sempre trazia a experiência de seu povo e a sua própria para seus julgados. Nas suas palavras como juiz da Suprema Corte Americana: “As profecias do que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, são aquilo quero dizer com o direito”³⁰. Assim ele introduziu “as pessoas” como importante elemento de interpretação das jurisprudências, não basta o direito ser compreensível para advogados e juízes também depende da interpretação que o povo fará dele.

2. O Realismo para Arthur Corbin

Arthur Corbin foi autor de um importante artigo jurídico em 1912, ainda na época tida como pré-realista, “*The Law and the judges*”, ele tinha como foco de seus estudos descobrir qual seria exatamente o papel dos magistrados dentro da sociedade. Nas suas palavras: “*The fact is that the judge is a lawmaker, the result of his action is the law*”³¹.

Corbin, assim como Holmes também criticou os estudos formalistas de Langdell ao afirmar que a regra única ou maior do direito nunca seria encontrada na análise do método caso porque para Corbin é o magistrado o real elaborador da lei. Em seu artigo ele defende que os advogados deveriam saber e entender além das regras e conhecer além dos fatos, pois um bom advogado seria aquele capaz de prever como funcionam as mentes de cada juízes e se saberia disso estudando a vida dos magistrados, porque assim se saberia particularmente como as regras do direito funcionariam por aquele determinado juiz no caso do seu cliente.

Outro ponto de vista importante suscitado por Corbin foi a afirmação que um bom magistrado seria aquele capaz de adequar as regras produzidas pelos precedentes judiciais a sua época e a sua sociedade. O autor traz a ideia de *Darwinismo* legal, onde o processo de evolução da lei seria um processo evolucionário.

³⁰ HOLMES, Wendell. O Caminho do Direito. In: MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 427.

³¹ CORBIN, Arthur. The Law and The Judges. *Yale Review*, v. 3, p. 235, 1914. Esse artigo é de difícil acesso e não encontrado na internet. Em tradução livre: “O fato é que o magistrado é o elaborador da lei. O resultado de sua ação é a lei”. (Apud FERREIRA, Daniel Brantes. *Ensino Jurídico e Teoria do Direito nos EUA. A Dupla Faceta do Realismo Jurídico Norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 87).

“O crescimento da lei é um processo evolucionário. Seus princípios consistem em generalizações que são feitos por várias instâncias que mudam conforme a sociedade muda, com o clima, com o crescimento da população, com o progresso através das invenções, com a seleção social. Nossa ideia de justiça também deve mudar. É a função do magistrado decidir nessas instâncias individuais para ser capaz de classificar e decidir sobre o caso que se encontra em sua frente para ser resolvido”³².

A grande importância dos estudos de Corbin foi a defesa da ideia que a lei não seria lógica, nela o juiz sábio e justo é aquele que for capaz de escolher dentre muitas regras e princípios enraizados na sua sociedade aquele que mais adequado a corresponder a resolução do caso e o declarar como lei, esta seria a função dos juízes na sociedade. Foi com essas ideias principalmente escritas no artigo em comento que Corbin influenciou outros autores do movimento realista que estava por vir a ser reconhecido como tal oficialmente a partir de 1930.

3. O Realismo para Walter Cook

Walter Wheeler Cook estudou na Faculdade de Direito Columbia, graduando-se em 1901, mas também dedicou-se a matemática e física como professor assistente, além de ter sido mestre na faculdade de artes. Influenciado pelo estudo dessas outras ciências escreveu diversos artigos sobre o método científico no direito, e como professor tentou desenvolver a “Escola Ideal do Direito”, voltada ao estudo da interpretação dos fatos relacionados a funcionalidade do sistema jurídico.

Cook em sua teoria desenvolveu um estudo comparativo entre o estudo da ciência física com o estudo da ciência do direito, para ele a física comprova existência de lei da natureza mediante o estado dos fatos externos da natureza, e assim ele queria desenvolver também no campo do direito uma teoria que possibilitasse as leis serem consequências dos fatores externos sociais que circundam os fatos de um processo³³.

Indiretamente ele colaborou com o surgimento do que futuramente viria a denominar-se de Sociologia Jurídica. Além disso, Cook se preocupou com a pedagogia lecionada nas faculdades, sonhava com a ideia de Escola Ideal de Direito, foi ele quem levantou a importância do ensino de regras de equidade paralelas ao ensino das regras (puramente) jurídicas, denominado na época de direito analítico. Preocupava-se profundamente com o

³² FERREIRA, Daniel Brantes. *Ensino Jurídico e Teoria do Direito nos EUA. A Dupla Faceta do Realismo Jurídico Norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 89.

³³ Os principais artigos escritos por COOK foram: *Scientific Study and Administration of Justice*. Maryland Bar Association Bulletin em 1929, e *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, no *Yale Journal*, em 1924.

lugar da equidade em nosso sistema jurídico e discursou isso em vários textos e palestras principalmente para os alunos da Faculdade de Chicago e de Yale, onde lecionou a maior parte de sua vida. Para ele era fundamental que se formassem juristas que não distanciassem regras de direito das regras de equidade, para que desde sua formação profissional já compreendessem que essas regras são complementares uma das outras e que são necessárias a utilização de todas na construção de um bom Direito.

4. O Realismo para Karl Llewellyn

Karl Nickerson Llewellyn estudou na Faculdade de Direito de Yale, foi bastante influenciado por Arthur Corbin que foi seu professor, e também por Walter Cook que foi seu colega como alunos e posteriormente como professores. Tornou-se o único protagonista do movimento realista a ter experiência tanto em Yale durante o período de crítica ao método de Langdell e ao ensino jurídico (1914-1918), quanto em Columbia durante o florescimento do Realismo (1922-1930). Llewellyn tinha a preocupação na relação entre os juízes e o direito, além de uma grande resistência a maneira com que se utilizavam os princípio e regras no Formalismo Langelliano.

Até a publicação do artigo “*A realistic jurisprudence*”³⁴ escrito por ele o que havia eram estudos e teóricos pré realistas, tais quais os três acima citados. Neste artigo ele afirma que o foco de estudo do direito deveria ser alterado. Defendeu o autor que não era aconselhável que a letra fria da lei fosse sempre o ponto mais relevante, sendo dele a observação de que o direito não é criação nem do legislador, nem do Magistrado, é sim criação da sociedade em eterno fluxo. Este artigo foi o primeiro a ser reconhecido como realismo jurídico, inédito por ser o primeiro a trazer para a discussão a diferença entre as regras reais (*real rules*) que seriam aquelas que os juízes propriamente utilizam na tomada de decisão, das regras de papel (*paper rules*).

No meio acadêmico Llewellyn tentou fazer melhoramentos ou complementações a teoria do método do caso de Langdell, para tanto ele desenvolveu métodos alternativos de ensino que incluíam a importância da interdisciplinaridade do direito com a sociologia,

³⁴ LLEWELLYN, KARL. A Realistic Jurisprudence - The Next Step. *Columbia Law Review*, v. 30, n. 4, p. 431-465, 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1114548?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102395472117>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

economia e psicologia, teve estudos importantes publicados na *Columbia Law Review* artigos como: *On What is wrong with so-called legal education*, e *The place of skills in legal education*.

O contributo mais relevante de Llewellyn foi a teoria das funções do direito (*law-jobs*) onde defendeu a inclusão dos fatos sociais na análise jurídica, trata-se de uma teoria da sociologia do direito³⁵. As funções do direito serviriam para adequar o comportamentos dos indivíduos de uma sociedade, como objetivo de tornar a convivência do grupo melhor.

O autor dividiu as funções do direito em cinco fases:

I - Caso problema (*Trouble-case*)

II - A canalização (*Channeling*)

III - A autoridade (*The say*)

IV - Integração e direção (*Net drive*)

V - Método Jurídico (*Juristic Method*)

A primeira era o caso realmente problema, Llewellyn aponta que os conflitos e problemas são inerentes de qualquer sociedade, que tem que aprender a conviver com eles, todavia quando este problema não se soluciona por si só, deve-se delimitá-los de forma a envolver o menor número de pessoas evitando ao máximo a discórdia entre os sujeitos da sociedade.

A segunda seria a função de canalização desde problema, que envolve a aceitação da conduta que deu origem ao conflito, e a aceitação que tal canalização é passível de mudanças a depender das mudanças do *status a quo* social.

A terceira função do direito é a autoridade que trata sobre a distribuição de competências e da legitimação do poder dentro da sociedade.

A quarta função é a de integração e direção que nada mais é do que a consequência natural de harmonização de manter em funcionamento essas três primeiras funções concomitantemente, o autor complementa que é nessa função que se encaixam a importância dos princípios jurídicos que norteiam os processos e que determinam o sentido das regras normativas esparsas em códigos.

³⁵ Karl Llewellyn desenvolveu o tema sob a análise do comportamento de uma tribo indígena de Mississipi em conjunto com o antropólogo *Hoebel*, dessa investigação ele escreveu o Livro *The Chayenne Way* que foi importante por apresentar a genialidade com a qual tribos primitivas resolviam os seus conflitos sociais, para Llewellyn era a comprovação empírica que sua teoria das funções do direito era sustentável (FERREIRA, Daniel Brantes. *Ensino Jurídico e Teoria do Direito nos EUA. A Dupla Faceta do Realismo Jurídico Norte Americano*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 158).

A quinta função, nominada como função do método jurídico é a maneira de operar o direito de forma a preservar o cumprimento de todas as quatro funções anteriores. O método jurídico teria como função a utilização correta do direito já existente e ainda permite que se crie novos direitos desde que tenham o objetivo de assegurar que as outras funções fossem cumpridas também. O grande diferencial comparativo entre esse método jurídico e o método tradicional utilizado classicamente pelos juristas é a relevância macro social do primeiro, que preocupa-se com serventia da resolução para o grupo maior da sociedade, ao invés do bem estar isolado só do sujeito do caso em litígio.

Assim define *Llewellyn* sua quinta função do direito: “O método jurídico trata do problema e da técnica de solução, para todo, e o problema de manter a máquina da lei sempre ao lado e na mesma direção das necessidades desse todo”³⁶.

Os estudos de Llewellyn são um marco de extrema importância da interdisciplinaridade aplicada ao direito. Além disso, influenciou sobremaneira na inclusão pelas escolas de direito da sociologia e economia como ampliação dos horizontes dos futuros juristas. Enfim, o método do caso de resolução de conflitos de Llewellyn foi uma proposta de melhoria de mudança da metodologia jurídica que enfatizou a importância de outros fatores sociais, além da simples aplicação de normas jurídicas na resolução dos conflitos.

³⁶ LLEWELLYN, Karl. A Realistic Jurisprudence - The Next Step. *Columbia Law Review*, v.30, n. 4, p. 462, 1930. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1114548?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102395472117>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

III CRÍTICAS AO REALISMO JURÍDICO

Roscoe Pound e Karl Llewellyn ambos seguidores importantes de Holmes de gerações distintas buscavam também substituir a lógica jurídica formalista do *Classical Legal Thought* pelos estudos empíricos e históricos inaugurando como se verá a sociologia jurídica nos Estados Unidos³⁷.

Em abril de 1930 o jovem professor da Faculdade de Columbia, Karl Llewellyn, publicou importante artigo na revista *Columbia Law Review* de título "*A Realistic Jurisprudence*" - *The Next Step*" surgindo assim o termo "Realismo". Um ano depois Roscoe Pound diretor da Faculdade de Direito de Harvard publicou na *Harvard Law Review* artigo chamado *The Call for a Realistic Jurisprudence*, uma crítica ao realismo jurídico. No número seguinte da *Harvard Law Review*, Llewellyn publicaria sua resposta as críticas de Pound, em artigo de título "*Some Realism about Realism*". E foi a partir desse debate entre professores das universidades americanas que o Realismo Jurídico tornou-se uma escola de pensamento jurídico nos Estados Unidos.

Surgindo em consequência, uma geração de juristas norte-americanos que passaram a desenvolver um modelo de pensamento jurídico crítico (*progressivism*) que ficou conhecido como *realismo/funcionalismo jurídico*. Seus principais representantes foram Roscoe Pound³⁸ (1870-1964, Sociological Jurisprudence), Benjamim Nathan Cardozo³⁹ (1870-1938, Suprema Corte), Jerome Frank⁴⁰ (1889-1957), Karl Llewellyn (1893-1962), Robert Lee Hale (1884-1969), Walter Wheeler Cook (1873-1943), Arthur Linton Corbin (1874-1967), Louis Dembitz Brandeis⁴¹ (1856-1941, Suprema Corte) Harlan Fiske Stone (1872-1946, Suorema Corte),

³⁷ Karl Llewellyn (1893-1962), assim como os pragmatistas clássicos também entendia que o direito não poderia ser dissociado da prática. Defendia que era preciso considerar a existência de vários estilos de interpretação judicial das fontes materiais de outros lugares e épocas, e a toda informação que a ciência social poderia proporcionar sobre as decisões atuais. Detalhado suas ideias no capítulo seguinte.

³⁸ Roscoe Pound nasceu em Lincoln Nebraska. Bacharelou-se e obteve grau de PhD em botânica, após 11 anos de experiência como diretor da Nebraska Botanic Survey Pound foi para Harvard estudar direito onde trabalhou durante 37 anos até se aposentar. (MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 543).

³⁹ Benjamim Nathan Cardozo de origem judaica, filho de um ministro da Suprema Corte do Estado de New York, Albert Cardozo, foi nomeado pelo Presidente Hoover ministro da Suprema Corte Americana em 1932, em vaga aberta com a aposentadoria de Holmes. Antes disso havia sido advogado e juiz (desembargador) do Tribunal de Apelação de New York desde 1917. (RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 108).

⁴⁰ Jerome Frank (1889-1957) radicalizou o pensamento de Llewellyn porque para este mesmo que as regras jurídicas fossem claras para serem interpretadas elas deveriam ter pouco influência nas decisões das instâncias inferiores.

⁴¹ Brandies, também de origem judaica, era um importante advogado trabalhista quando, em 1916, foi nomeado Ministro da Suprema Corte norte americana. Em sua atuação como ministro, Brandies utilizou –se de sua

Felix Frankfurter (1882-1965, Suprema Corte) Felix Cohen⁴² (1907-1953). Todos estes tentaram desvincular-se do modelo jurídico anterior pela geração conhecida como *old school/mechanical jurisprudence* ou, simplesmente *escola conceitualista*, liderada por *Christopher Columbus Langdell* (1826-1906) que defrontou-se com críticas de *Oliver Wendell Holmes Jr* (1841-1935) e *Jonh Chipman Gray* (1839-1915). Esses últimos buscaram nos campos das Faculdades de Direito e na prática jurídica modelos que pudessem reformular o modo de pensar e aplicar o direito.

Os realistas concordavam entre si que as regras não eram questão de administração de justiça, o que influenciou a pesquisa jurídica no rumo dos estudos voltados a personalidade e as experiências dos juízes, a importância prática da representação jurídica e as consequências do excesso de formalismo no processo. Decorrente disto, suscitaram dois ideais: o primeiro de que as regras, por sua natureza, não podem controlar as decisões judiciais; e o segundo que a função primordial do direito é a solução dos conflitos postos em litígio, e por isso as regras jurídicas deveriam apresentar as soluções para eles.

Isso faz com que o juiz descubra fatos adequados para manter as regras que irão apoiar suas decisões. Se mostram tendenciosos a quererem propor um direito cuja função seja direcionar o comportamento pelas regras para solucionar conflitos. Afinal, se as regras jurídicas não têm efeito determinante sobre os conflitos, não é possível afirmar que decisões precedentes dos juízes teriam efeitos sobre outras disputas posteriores envolvendo a mesma questão⁴³.

1. Jurisprudência Sociológica de Roscoe Pound

Os Estados Unidos foi precursor nos estudos que aproximavam a importância de fatores externos sociais à interpretação e aplicação do direito. As teses da Universidade de Harvard apresentavam uma perspectiva sociológica do direito, por terem tanto características condizentes com a teoria dos sistemas jurídicos, como também porque tinham um perfil de acordo com as tradições clássicas da sociologia, ambiente este que favoreceu o surgimento de

experiência na advocacia, envolvendo a análise de dados estatísticos e empirismos, para mensurar a constitucionalidade das leis. (CORWIN, Edward S. Social Planning under the Constitution – A Study in Perspectives. *American Political Science Review*, vol. 28, p. 17, 1932).

⁴² Felix Cohen era filho do filósofo do Direito Morris R. Cohen, autor de *Law and Social Order. Essay in Legal Philosophy*.

⁴³ HARRIS, J. H. *Legal Philosophies*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2004, p. 102.

teses como a de Roscoe Pound entre os anos de 1910 e 1942 denominada de Jurisprudência Sociológica (*Sociological Jurisprudence*). Durante os 20 anos (1916-1936) que Pound foi diretor da Faculdade de Harvard tentou desmistificar o modelo educacional instituído pela teoria do método do formalista Langdell. Pound buscava aplicar a interdisciplinaridade do direito com a sociologia, economia e política.

A Jurisprudência Sociológica de Pound foi uma extensão do pensamento do jurista Wendell Holmes, que rechaça a teoria do formalismo legal ao defender que os juízos legais que se propõem a serem lógicos, não passam de meros princípios dogmáticos com origens específicas por sua vez menos importantes para o sistema do que a preocupação com o contexto social que é o traço marcante e comum da Sociologia e da Justiça.

Pound foi o responsável por formular a perspectiva da Jurisprudência Sociológica a qual se referia como sendo uma nova etapa de desenvolvimento das teorias jurídicas. Seus estudos concentravam-se em desenvolver seis pontos programáticos: 1) Estudar os efeitos sociais do direito; 2) Focar nos efeitos do direito com a finalidade de preparar e adequar a legislação; 3) Fazer as regras jurídicas mais efetivas; 4) Estudar os efeitos sociais do direito historicamente; 5) Contribuir com uma aplicação equitativa do direito; 6) Promover o propósito mais importante do direito⁴⁴.

Nesse entendimento, pode-se dizer que a Jurisprudência Sociológica é um trabalho real do direito que não se ampara somente na doutrina legal e na teoria jurídica. Daí surgiu uma das principais frases do pensamento de Pound: a distinção entre "*law in action*" e "*law in the books*". Essa diferença advém do desrespeito da legislação do início do sec. XIX com as condições sociais, e consequentemente da derrocada do pensamento formalista, a rigidez da legislação e os defeitos da administração da justiça.

As origens da Sociologia do Direito e Jurisprudência Sociológica tem em comum a perspectiva acadêmica de descobrir e explicar a realidade social do direito. Pound defende que o direito deve isso à sociedade por ser ele na verdade um meio de controle social⁴⁵. Então este é ponto de encontro entre a Sociologia do Direito e a Jurisprudência Sociológica: ambas preocupam-se com o rol de valores a serem defendidos para o bem da sociedade. Na sua visão a diferença entre *law in action* e *law in the books* pode ser medida através da implementação do direito e considerações jurídicas decorrentes da Jurisprudência Sociológica.

⁴⁴ DEFLEM, Mathieu. Jurisprudencia Sociológica y Sociología del Derecho (Sociological Jurisprudence and Sociology of Law). Tradução de Andrés Botero Bernal. *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, vol. 05, n. 10, p. 109, jul.-dic. 2006. Disponível em: <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/sociologica-y-sociologia-del-derecho.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2013.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 110.

Assim entre a diferença de uma e outra, Pound observa que a Sociologia do Direito procede da sociologia ao direito (uma visão dos sociólogos sobre o direito), enquanto a Jurisprudência Sociológica funciona na direção contrária de maneira que é a jurisprudência legalmente que se utiliza de ideias da sociologia⁴⁶. Pound repara que além dessa diferença de perspectiva do sujeito ativo, há também diferenças entre os objetivos. Enquanto a sociologia é teórica e preocupa-se com a investigação dos casos, a Jurisprudência Sociológica objetiva contribuir praticamente com a resolução dos problemas legais.

No entendimento da Jurisprudência Sociológica as decisões devem observar os efeitos sociais que elas acarretarão e as condições nas quais atuam e com quais propósitos de desenvolvimentos social, econômico e político o fazem. Esta preocupa-se em esclarecer como a lei afinal deve adequar-se para que responda aos problemas enfrentados pela sociedade. Pound indica que assim a lei seria o meio para atingir o fim que seria o controle social conceituado por ele como: “o ordenamento das relações humanas nas sociedades organizadas politicamente na busca da realização exigências, demandas e anseios que as pessoas individual ou coletivamente buscam satisfazer”⁴⁷. Ele define o direito com uma teoria de interesses sociais, em que todos os outros meios de controle social (como exemplo: moralidade e religião) estariam subordinados ao controle jurídico⁴⁸,

Salienta-se que não se deve confundir o conceito de Sociologia Jurídica com o que se convencionou chamar de Jurisprudência Sociológica, desenvolvida principalmente por Pound⁴⁹ já que essa orientação revela-se principalmente finalística, dominando as atividades do tribunais e procurando dar às decisões judiciais aos procedimentos doutrinários em matéria de Direito, um fim social autêntico, ou seja, uma sensibilidade maior à necessidade de realização da justiça, como a sociedade a encara, com o abrandamento dos aspectos puramente formais do Judiciário⁵⁰.

Pound foi contemporâneo e também uma forte influência para o movimento realista, principalmente a Llewellyn, com quem trocava ideais e artigos jurídicos nas Revistas de

⁴⁶ POUND, Roscoe. The Call for a Realistic Jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 5, p. 112, 1931. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%28193103%2944%3A5%3C697%3ATCFARJ%3E2.O.CO%3B2-I>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 110.

⁴⁸ Já para ROSS, outro importante teórico e também professor de Harvard contemporâneo de Pound, o conceito de controle social decorre de problemas sociais como a urbanização, pobreza, alcoolismo, prostituição que surgiram com a modernização da sociedade.

⁴⁹ Mas também desenvolvida por outros americanos como Benjamin Nathan Cardozo, Louis Brandeis e Felix Frankfurter, todos eles além de teóricos, foram juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos.

⁵⁰ MIRANDA ROSA, *apud* BEZERRA, Paulo César Santos. *Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 17.

Universidades de Direito dos Estados Unidos. Ele reconheceu a importância do movimento realista e publicou a respeito: “Ao lê-los, percebe-se que os novos realistas raramente utilizam o termo realismo em um sentido técnico-filosófico. Eles utilizam no mesmo sentido utilizado pelas artes. Realismo para eles significa aderência fiel às atualidades da ordem jurídica como base da ciência do direito”⁵¹.

Pound acreditava que a atividade crítica exercida pelos realistas tinha utilidade, principalmente para a observação do comportamento dos magistrados e dos elementos da atividade judicial. Todavia, considerava em seus escritos que a crítica realista da época era insuficiente, pois se utilizavam demais da psicologia para analisar o comportamento pessoal do magistrado. Publicamente opinou que: “Os novos realistas têm suas próprias pré-concepções do que é importante, e do que é importante juridicamente. A maioria deles simplesmente substituí o viés ético, político ou histórico, por um viés psicológico de análise do direito”⁵².

Numa ordem cronológica que o legado inovador de Holmes instigou uma revolucionária mudança no pensamento jurídico proporcionando o surgimento da jurisprudência sociológica, sistematizada por Pound. Os demais adeptos dessas teorias juízes e outros professores universitários acreditaram nos avanços das ciências sociais e desenvolveram estudos do direito em sua perspectiva de controle social, com a finalidade teórica de fazer da orientação normativa da jurisprudência um importante contributo para o desenvolvimento de um sistema jurídico mais justo.

1.1 As críticas de Pound ao realismo jurídico

Só o fato de Pound ter intitulado a publicação de seu artigo como “*The call for a Realist Jurisprudence*” (Convocação para um Direito Realista) já instigava essa sua intenção de criticar o Realismo Jurídico que surgia forte nas academias americanas. Pound inicia o texto reconhecendo a importância do movimento realista e anunciando para sua geração o surgimento da Escola Realista, são suas as palavras: “*I approach the subject of the call for a realist jurisprudence, insistent on the part of our younger teachers of law, with some humility.*”

⁵¹ POUND, Roscoe. The Call for a Realistic Jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 5, pp. 697-711, 1931. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%28193103%2944%3A5%3C697%3ATCFARJ%3E2.O.CO%3B2-I>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

⁵² *Ibidem*, p. 700.

But here is an important movement in the science of law, and it behooves us to understand it and be thinking about it”⁵³.

Pound inicia essa primeira parte de sua crítica tentando trazer uma definição de realismo jurídico e analisando o programa realista de forma geral:

*“(...) As I read them, the new juristic realists hardly use realism in a technical philosophical sense. They use it rather in the sense which it bears in art. By realism they mean fidelity to nature, accurate recording of things as they are, as contrasted with things as they are imagined to be, or wished to be, or as one feels they ought to be. They mean by realism faithful adherence to the actualities of the legal order as the basis of a science of law”*⁵⁴.

O trecho supramencionado é claramente uma constatação fática da dicotomia entre regras reais e regras de papel (*real rules e paper rules*) trazidas por Llewellyn.

Uma vez que Pound fez suas definições do que seria realismo para o novo movimento realista ele critica por acreditar que este não teria finalidade útil. Ele observa que as atualidades da ordem jurídica eram importantes, mas que não encontrava no movimento realista (mais diretamente no artigo de Llewellyn), qualquer indicação do que seria feito após tais constatações, pelo menos nada que já não houvesse sido dito antes. *“After the actualities of the legal order have been observed and recorded, it remains to do something with them. What does realism propose to do with them which we had not been doing in the past?”*⁵⁵.

O autor acreditava que as ideias dos realistas tinham utilidade, principalmente a observação do comportamento dos magistrados e dos elementos da atividade judicial, mas que impediriam a uniformidade e a segurança jurídica das decisões.

No entanto, apesar de considerar os tópicos realistas importantes, Pound deixa claro que estes não poderiam ser considerados como base de uma ciência do direito na sua integralidade. Afinal, uma ciência do direito não poderia se basear apenas na descrição das atualidades, em sua crítica deixa claro que considera a teoria realista insuficiente. Afirma que tanto a sua geração (antecessora aos realistas) quanto a de Llewellyn falham em descrever o

⁵³ Em tradução livre: “Eu trato a questão da convocação para um direito realista, que é realizada de forma insistente pelos professores de direito mais novos, com humildade. Porém, aqui se encontra um movimento importante das ciências jurídicas que nos leva a entendê-lo e a refletir sobre” (POUND, Roscoe. The Call for a Realist Jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 5, 1931, p. 697, 1931. Disponível em: <<https://links.jstor.org/sici=0017-811X%28193103%2944%3A5%3C697%3ATCFARJ%E2.0.CO%3B2-1>>. Acesso em: 02 jun. 2013).

⁵⁴ Ibidem, p. 697. Em tradução livre: “(...) Ao lê-los, percebe-se que os novos realistas raramente utilizam o termo realismo em um sentido técnico-filosófico. Eles o utilizam no mesmo sentido utilizado pelas artes. Querem traduzir realismo como fidelidade a natureza, percepção das coisas de forma precisa, como realmente são e não como são imaginadas ou desejadas ou como alguém sente que elas deveriam ser. Realismo para eles significa aderência fiel às atualidades da ordem jurídica como base da ciência do direito”.

⁵⁵ Ibidem, p. 697. Em tradução livre: “Após a observação e registro das atualidades da ordem jurídica, ainda teremos que fazer algo com elas. O que o realismo propõe que seja feito que não já fora feito no passado?”

direito na sua integralidade: “*There is as much actuality in the old picture as in the new. Each selects a set of aspects for emphasis. Neither portrays the whole as it is*”⁵⁶.

Pound termina a primeira parte deste artigo criticando a insistência dos realistas na coleta objetiva e científica de fatos, ou seja, critica a insistência realista na pesquisa empírica. A coleta de dados dos fatos só seria útil e inteligível se tais fatos fossem selecionados e tivessem o ideal da ciência jurídica em seu objeto de estudo. Portanto, na visão de Pound Seria impossível alcançar o fato na sua forma mais pura como preconizavam os realistas, assim dizendo: “*The new realists have their own preconceptions of what is significant, and hence of what juristically must be. Most of them merely substitute a psychological must for an ethical or political or historical must*”⁵⁷.

Então, o que Pound queria mesmo criticar, eram as teorias realistas que utilizavam a psicologia para analisar o comportamento individual do magistrado em casos judiciais particulares. Neste aspecto, seu alvo principal foi o livro de Jerome Frank *Law and The Modern Mind*⁵⁸ que defende uma análise psicológica do magistrado para que haja uma melhor previsão de suas decisões futuras.

Da segunda parte de seu escrito Pound somente salienta a identificação feita pelo autor de cinco itens que seriam comuns aos escritos dos realistas, resumidamente apresentados:

“(a) de Pound tem relação com a insistência dos realistas em coletar dados estatísticos através de pesquisas empíricas. O ponto (b) é uma crítica a analogia realista de tentar trazer a certeza das ciências exatas para o direito, ou seja, crítica a analogia entre direito e física, direito e matemática. O ponto (c) é trazido por Pound após a leitura da obra de Jerome Frank (*Law and the Modern Mind*). Também se trata de uma crítica a utilização da psicologia para previsão das decisões dos magistrados. O ponto (d) é uma crítica a análise casuística perquirida pelos realistas, que para Pound não resolveria e nem traria nada de inovador para o Direito. Além disso, Pound critica o fato de alguns realistas negarem a existência de princípios, conceitos e regras. O ponto (e) é uma crítica específica a Llewellyn que, em seu artigo de 1930, foca na análise dos casos e no comportamento dos magistrados para trazer uma suposta maior capacidade de previsibilidade dos advogados dos casos para que estes, assim, conseguissem informar melhor os seus clientes sobre seus resultados prováveis. Ou seja, Pound afirma que Llewellyn teria como foco de seu estudo o lucro do advogado e não um fim social maior”⁵⁹.

⁵⁶ POUND, Roscoe. The Call for a Realist Jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 5, 1931, p. 699, 1931. Disponível em: <<https://links.jstor.org/sici=0017-811X%28193103%2944%3A5%3C697%3ATCFARJ%E2.0.CO%3B2-1>>. Acesso em: 02 jun. 2013. Em tradução livre: “*Há tanta atualidade nas teorias anteriores quanto na nova. Cada uma seleciona um grupo de aspectos para enfatizar. Nenhuma, no entanto, reflete o direito na sua integralidade*”.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 700. Em tradução livre: “*Os novos realistas têm suas próprias pré-concepções do que é importante, e do que é importante juridicamente. A maioria deles simplesmente substitui o viés ético, político ou histórico por um viés psicológico de análise do direito*”.

⁵⁸ FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New Jersey: Transaction Publishers Edition, 2009.

⁵⁹ Tradução livre de: “(a) One of the most common is faith in masses of figures as having significance in and of themselves (...); (b) belief in the exclusive significance or reality of some one method or line of approach (...) science of law analogous to mathematical physics (...); (c) a presupposition that someone psychological starting point is the *unum necessarium* (...); (d) another characteristic is insistence on the unique single case rather than on the approximation to a uniform course of judicial behavior (...). Radical neo-realism seems to deny that there are rules or principles or conceptions or doctrines at all (...); (e) Finally, many of the new

Ao concluir *The Call of a Realist Jurisprudence* Pound defende a pluralidade de Teorias no Direito e explica que sua preocupação maior é desenvolvê-las do que polemizá-las, ainda assim, Llewellyn e Frank consideraram as críticas feitas na segunda parte do artigo de Pound exageradas. Para eles, o autor passara dos limites na apreciação de suas visões sobre o Realismo sem sequer citar um exemplo concreto para que as fundamente. Além disso, também consideraram que em alguns momentos haveria por parte de Pound uma suposta sugestão para um programa realista relativo, e que isso seria um plágio das ideias alvo de suas críticas. Tais fatos foram suficientes para que Llewellyn com a ajuda de Frank elaborasse uma resposta a Pound, publicada na *Harvard Law Review* no mesmo ano.

1.2 Resposta de Llewellyn a Pound

No artigo *Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound* preparado por Karl Llewellyn como resposta às críticas de Pound, antes de contestar as acusações ele se preocupou em definir quem realmente seriam os autores realistas dentre os autores que escreviam e teorizavam sobre o Direito naquela época. Seu intuito era demonstrar a evolução do novo modo de análise e não definir de forma coerente um grupo de autores realistas. Para isso, trocou muitas ideias com Jerome Frank neste período de elaboração de resposta.

A intenção de Llewellyn era reunir o maior número de autores possíveis para assinar o artigo, e demonstrar assim a força desse pensamento no meio jurídico. Ele faz questão de deixar claro que não é porta-voz de nenhuma escola e que fala apenas por si e não pelos outros autores. Elaborou sua lista de autores que julgava serem considerados realistas utilizando categorias diferentes das utilizadas por Pound. Llewellyn considerou a relevância de três atributos ao formar a lista: 1. Os autores a serem incluídos na lista deveriam ser figuras de liderança e destaque do novo movimento; 2. Tais autores deveriam ser conhecidos por terem tomado posições doutrinárias extremadas e críticas; 3. Uma ampla variedade de visões e posições deveria ser incluída⁶⁰.

juristic realists conceive of law as a body of devices for the purposes of business instead of as a body of means toward general social ends (...). (POUND, Roscoe. *The Call for a Realist Jurisprudence*. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 5, 1931, p. 700-709, 1931. Disponível em: <<https://links.jstor.org/sici=0017-811X%28193103%2944%3A5%3C697%3ATCFARJ%E2.0.CO%3B2-1>>. Acesso em: 02 jun. 2013).

⁶⁰ LLEWELLYN, Karl. *Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound*. *Harvard Law Review*, v. 44, p. 1226, 1931. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1332182?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102309868241>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

Diante desses requisitos, o que Frank e Llewellyn fizeram na lista foi agregação de nomes de seus colegas professores que tinham visões não tradicionalistas, ou seja, não harvardianas, a maioria dos nomes constantes da lista era ou da Escola de Direito de Columbia ou de Yale. A ideia era que todos assinassem como autores do artigo preparado por Llewellyn. Todavia, somente Arthur Corbin e Walter W. Cook, assumiram o rótulo de pensadores realistas, para sua surpresa até Jerome Frank negou-se a colocar seu nome como elaborador do texto.

Llewellyn chegou à conclusão que os autores realistas não formavam uma escola teórica. Tinham apenas uma similaridade em seus pensamentos e escritos jurídicos. Eles tinham como pontos em comum: o reconhecimento da lei como meio e não como fim; reconhecimento da dinâmica social sempre a frente da lei, inclusive capaz de alterá-la; interesse no que realmente acontece no processo decisório do magistrado; interesse nos efeitos da decisão judicial; reconhecimento da necessidade de manter a percepção no nível factual sem ofuscá-la com a visão do dever ser; descrença nas regras e conceitos como verdadeiros indicadores do que realmente acontece nas cortes.

Neste artigo ele também reitera a importância de considerarmos o elemento humano nos julgamentos e os fatos do caso, deixando as regras em segundo plano.

*“Before rules, were facts; in the beginning was not a Word, but a Doing. Behind decisions stand judges; judges are men; as men they have human backgrounds. Beyond rules, again, lie effects: beyond decisions stand people whom rules and decisions directly or indirectly touch”*⁶¹.

Llewellyn finaliza o artigo em resposta a Pound afirmando que o ponto em comum mais forte entre os autores realistas seria o foco no ser em contraposição ao dever ser, o que os faz ter uma percepção do Direito incomum, mas esclarece que ainda assim não fazem deles um só grupo. Vejamos:

(...) When writers of realistic inclination are writing in general, they are bound to stress the need of more accurate description, of Is and not of Ought. There lies the common ground of their thinking; there lies the area of new and puzzling development. There lies the point of discrimination which they must drive home. To get perspective on their stand about ethically normative matters one must pick up the work of each man in his special field of work. There one will find no lack of interest or effort toward improvement in the law. As to whether change is called for, on any given point of our law, and if so, how much change, and in what direction,

⁶¹ Em tradução livre: “Antes das regras, existiam os fatos; no início não havia uma Palavra, mas um Fazer. Por trás das decisões existem os magistrados; magistrados são homens; e como homens eles têm suas trajetórias humanas. Além das regras, novamente, estão os fatos: além das decisões existem pessoas que serão atingidas direta ou indiretamente pelas regras e pelas decisões”. (LLEWELLYN, Karl. Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 44, p. 1222, 1931. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1332182?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102309868241>>. Acesso em: 13 jun. 2013).

*there is no agreement. Why should there be? A group philosophy or program, a not a group credo of social welfare, these realists have not. They are not a group*⁶².

Por fim, o que Llewellyn tentou em sua resposta a Pound foi liderar e dar força a importância do movimento realista. O autor claramente ansiava por acalorar a discussão entre o novo modelo proposto contra o antigo, entre os novos professores contra os professores da geração anterior. Por inúmeras razões sua tentativa falhou. A principal delas foi a falta de adesão de todos os autores listados bem como a falta de critério na elaboração da lista de autores realistas. A ausência de coerência teórica também foi um dos principais justificadores do insucesso de Llewellyn.

Em 1931, nos Estados Unidos era época de plena reformulação econômica, havia espaço para tal tipo de discussão progressista levantada pelas trocas de artigos publicados nas Revistas de Direitos das Universidades Americanas. No entanto, com o advento dos governos totalitaristas a discussão realista foi completamente abafada. Eles haviam se tornado um grupo indesejado de liberais progressistas em uma época extremamente conservadora e intolerante com qualquer mudança no *status quo*, fato que também corroborou determinantemente para falta de êxito do movimento realista.

2 A Visão Crítica de Jürgen Habermas ao Realismo Jurídico

Habermas em sua obra *Direito e Democracia*, ao tratar do problema da racionalidade da jurisprudência faz referência ao pensamento realista como uma das respostas. Para ele quando o juiz vai proferir uma decisão judicial ele tem à disposição fatores que extrapolam o mundo jurídico e tais fatores permitem previsões cronológicas, psíquicas e, ainda, sociológicas.

⁶² LLEWELLYN, Karl. Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 44, pp. 1255-1256, 1931. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1332182?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102309868241>>. Acesso em: 13 jun. 2013). Em tradução livre: “(...) Quando os autores de inclinação realista estão descrevendo de forma geral eles tendem a ressaltar a necessidade de uma descrição mais acurada, ou seja, do Ser e não do Dever Ser. Aqui está o ponto em comum de seus pensamentos; aqui se encontra a área inovadora e intrigante de desenvolvimento. Aqui está também o ponto discriminante que os autores pensam ao dirigir para suas casas. Para ter uma perspectiva do entendimento sobre a ética normativa de cada autor o leitor terá que buscar o trabalho de cada um deles em seus campos de pesquisa. Ali o leitor não achará falta de interesse ou de esforço para a melhoria da lei. Não há consenso com relação à mudança da lei ou de qualquer ponto desta ou a direção desta mudança bem como a sua graduação Porque haveria? Tais autores não são um grupo, não compartilham de uma mesma filosofia ou programa, tampouco possuem um grupo de crença sobre o bem estar social. Tais autores não são um grupo”.

“na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser justificado pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juízes, por tradições ideológicas, constelação de poder ou por outros fatores dentro e fora dos juízes, por tradições ideológicas, ou por outros fatores dentro e fora do sistema jurídico. A prática da decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito”⁶³.

Para Jürgen Habermas, o Realismo Jurídico, assim como a Escola do Direito Livre e a Jurisprudência de Interesse não apresentam uma clareza na distinção entre o direito e a política. Critica Habermas em outra de suas obras que:

“Así el derecho producido en el pasado pierde su dominio sobre las decisiones actuales porque éstas caen en buena medida en el ámbito de discrecionalidad del juez. La pretensión de legitimidad del derecho puede conservar en todo caso su sentido por vía de que el juez, al igual que un político, tome sus decisiones orientándose al futuro, y ello en virtud de orientaciones valorativas que él tiene por racionales”⁶⁴.

Nesse raciocínio, importante fazer abordagem sobre a discussão dos chamados “argumentos de política” e “argumentos de princípios”. Aqueles são oriundos da Função Legislativa, quando do atendimento das políticas públicas objetivadas pela comunidade.

Ao Judiciário tais argumentos representam uma incompatibilidade, pois para o agente julgador, o objetivo é a prestação jurisdicional a um jurisdicionado e quando, no máximo, a um grupo de jurisdicionados. Mas não a uma coletividade. Nesse sentido,

“os argumentos de política justificam, segundo Dworkin, uma decisão mostrando que esta avança ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo enquanto que os argumentos de princípio o fazem mostrando que a decisão respeita ou assegura algum direito individual ou de grupo. As decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por políticas”⁶⁵.

Na opinião de Habermas em análise à obra de Ronald Dworkin chamada “Teoria dos Direitos” referido autor apontou as falhas no que diz respeito à solução jurídicas e teóricas dadas pelas teses realistas e positivistas. Habermas observou que Dworkin procurou ir além, provando por meio da concepção dos direitos como sendo deontológicos, alcançar uma dupla satisfação no sentido de promover a aceitação por parte da comunidade assim como promover a segurança do direito. Dessa forma, posicionando-se contra o positivismo jurídico e principalmente contra o realismo jurídico⁶⁶.

Habermas, ao desenvolver sua Teoria do Discurso, entende que a Teoria dos Direitos de Dworkin visa ao esclarecimento *“de derechos concebidos en términos deontológicos,*

⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, vol. I, p. 249.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 270.

⁶⁵ CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição Brasileira de 1988: Entre Constitucionalismo e Democracia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 01, n. 06, pp. 413-429, 2008.

⁶⁶ Dworkin, em sua construção teórica, em especial as obras *“O império do direito”*, *“Uma questão de princípio”* e *“Levando os direitos a sério”* busca trabalhar a força normativa dos princípios e, concomitantemente, a coesão do sistema jurídico e assim posiciona-se tanto contra o positivismo quanto o realismo.

explicar cómo la práctica de las decisiones judiciales puede satisfacer simultáneamente a las exigencias de seguridad jurídica y de aceptabilidad racional”⁶⁷.

Sendo assim, no pensamento de Habermas os juízes devem respeitar o entendimento de que a sua decisões judicial deve ser uma questão de princípio, e não um pronunciamento decisório, ou mesmo uma articulação política. Por isso, quando da fundamentação de um voto em sede de tribunais, por exemplo, deve aquele investido na função de dizer o direito fazê-lo tendo em mente a compatibilidade de sua argumentação com os princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal, posicionando-se assim claramente em sentido oposto aos argumentos realistas, que defende o magistrado ter, em suas mãos para de acordo com sua experiência e análise dos fatos sociais, o poder de discricionariedade suficiente para proferir julgamentos.

⁶⁷ HARBEMAS Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 272.

IV RAZÕES SOCIOLÓGICAS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO

1. Fundamentação da Importância do Estudo da Sociologia pelos Juristas

Existem dois tipos de formação jurídica que conduzem os profissionais a duas maneiras de se conceber o direito, de interpretá-lo e de aplicá-lo. A primeira é uma formação técnica, formalista e legalista que considera apenas os aspectos lógico-formais. Esse pensamento fundado na análise de abstrações normativas já é entendido hoje como insuficiente para oferecer soluções à complexidade da sociedade contemporânea. A segunda é um modelo alternativo a esse primeiro. Desenvolveu-se, desde a concepção oriunda do pragmatismo e da Escola Realista na passagem do século XIX para o XX uma preocupação maior com os aspectos sociológico, político e, posteriormente, econômico. A ausência de normas e os limitados saberes extrajurídicos no universo do direito levaram à preocupação dos juristas com três fenômenos: a *politização* do direito, a *sociologização* do direito e, atualmente, a *economicização* do direito. O jurista “legalista” ignora as modificações que acontecem na sociedade; o outro “alternativo” oferece apenas respostas políticas, sociológicas ou econômicas aos problemas da sociedade mundial.

Quanto à corrente sociologista do Direito Paulo Ferreira da Cunha observa:

*“A corrente sociologista afirma a dependência real do Direito face aos fatos sociais e considera valorativamente tal imbricação como positiva. (...), a massa pode não ter sempre razão. E que o justo e o injusto se encontram nos comportamentos sociais enraizados, tranquilos e normais, e na consciência das comunidades, raízes significativas e indicadores normativos úteis”*⁶⁸.

E adverte: “Toda a argumentação, pretensamente progressista ou claramente conservadora ou até reacionária, que se baseia apenas em argumentos não ponderadamente sociológicos, mas sociologistas, é de se recusar pelo Direito”⁶⁹.

Sendo assim, os operadores do direito devem conseguir sensibilizar o sistema jurídico às necessidades sociais. A abertura interdisciplinar é imprescindível, mas não pode esquecer o caráter específico da normatividade do direito. Trata-se, assim, de permitir um ganho analítico com auxílio de outros saberes, um refinamento teórico, para a melhor percepção e compreensão da amplitude do fenômeno jurídico⁷⁰.

⁶⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Síntese de Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 139.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 139.

⁷⁰ GONÇALVES, Guilherme L. *et. al.* Globalização, Advocacia e Cursos de Especialização. *Direito GV*, v. 1, n. 1, pp. 48-51, jan. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7006/Ed1_GlobalizacaoAdvocaciaECursos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 jul. 2013.

Juristas devem saber transitar tanto na exegese das normas positivadas, como nas considerações de pensamentos afins como filosófico, sociológico e político. Essa habilidade de compreensão entre esses dois sistemas garante uma melhor solução dos problemas jurídicos advindos da sociedade contemporânea. Eis o desafio do profissional do direito: combinar consistência jurídica e adequação social.

Passemos a explicação através da evolução histórica do direito e da relevância dos fatores externos para entender como e porquê este passaram a influenciar nas decisões judiciais.

2. A Relação dos Movimentos Sociais com o Direito

António Manuel Hespanha escreve que “o direito constitui, na verdade, uma modalidade específica da realização da função política”⁷¹, ou seja, para ele o direito é uma das práticas existentes dentro das práticas políticas que podem ser entendidas como a ação “que incide sobre a conjuntura social produzindo transformações da unidade da formação social, através da ação sobre qualquer das estruturas e instituições sociais”⁷².

Os movimentos sociais têm seu propósito voltado no “agir” das pessoas, são ações coletivas, não estatais, com um mínimo de organização e com conotações políticas. Não estatais, pois não são ações do Estado, com uma mínima organização, para perceber seus objetivos e ações e com conotações políticas, pois atuam na conjuntura social, tentando ou realizando transformações nas estruturas ou instituições sociais. Aquilo que precisa ser verificado nos movimentos sociais é se eles têm o fim de ações políticas, ou melhor, se contêm elementos de juridicidade suficientes para que sejam considerados ações jurídicas.

Uma nova cultura jurídica pode ser percebida na história do direito. Novas experiências jurídicas com novos sujeitos e novas formas de organização. O pluralismo⁷³ permite perceber a ação dos movimentos sociais como ações jurídicas, de luta pelo direito e por cidadania. Assim compreende outras formas de representação da juridicidade e formações,

⁷¹ HESPANHA, António Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p. 33.

⁷² *Ibidem*, p. 31.

⁷³ Qualquer sociedade tem mais normas do que as legais. Isto é uma aquisição antiga do “pluralismo jurídico”, ou melhor dizendo da ideia que o direito se pode encontrar em vários ordenamentos, de vários níveis, sem que entre eles exista um que determine a validade dos outros ou estabeleça a hierarquia entre eles (HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no Mundo de Hoje*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29).

manifestações, legais plurais que não se sujeitem “ao formalismo histórico das fontes convencionais”⁷⁴. O pluralismo possibilita a percepção de novos sujeitos coletivos e a aceitação dos movimentos sociais como “portadores de ‘valores’ que fundamentam modalidades libertárias da vida cotidiana”⁷⁵.

O sentimento de direito jurídico independe do direito positivo que é, muito simplificarmente, entendido como aquele positivado e formalizado pelos órgãos do Estado. Através da história cultural de uma sociedade, é possível entender o que é direito para determinado grupo. Esse sentimento do que é direito, é a luta pelo reconhecimento de participação nos processos políticos e jurídicos do grupo social. Reivindicar é a maneira de participar diretamente na tentativa de ser ouvido os seus proclames.

Há o exemplo histórico inglês, quando os operários londrinos do final do século XIX da *London Corresponding Society* entenderam que eles tinham o direito à reforma parlamentar, a votar para um membro do parlamento⁷⁶, não faziam isso baseados no direito positivo, mas sim em uma percepção social, cultural e histórica do que era direito para eles naquele momento. Num exemplo brasileiro do início do século passado, quando os ferroviários do Estado de São Paulo paralisam os serviços por melhores condições de trabalho, na greve de 1906. Eles acreditavam que, para além do direito positivo, possuíam um direito de greve. Assim como os operários ingleses também tinham uma percepção social, cultural e histórica do que era direito para eles naquele momento.

São casos como estes dois da história do Direito Social que comprovam que o sentimento de jurídico vai além do direito positivo. É a luta por positivação ou contra a positivação de determinada norma (considerada injusta pelo grupo) que faz realizar-se de forma efetiva e concreta o exercício de direito político, de direito de cidadania. Nesse sentido a cidadania é muito mais do que o exercício do direito positivo, mas sim a luta pelo direito, o exercício de um direito imaginado, mas nem por isso menos real e possível. São normas “não provindas de alguma nascente escondida e obscura, mas estabilizadas na consciência da comunidade”...⁷⁷. São conhecidas pela observação empírica da vida em sociedade, da observação “quanto à sua efetiva vigência no tecido social e quanto aos sentidos efetivamente

⁷⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Movimentos Sociais e a Questão do Pluralismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 76, p. 96, jan. 1993.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 93.

⁷⁶ THOMPSON, Edward P. *A Formação da Classe Operária Ingles: A Árvore da Liberdade*. Tradução de Denise Bottman. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, vol. I, p. 16.

⁷⁷ HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 532.

reconhecidos com que vigoram”⁷⁸. Estão ligadas “à capacidade de observação da realidade social, da constatação de comportamentos regulares”⁷⁹.

A luta pelo direito não positivo, é um direito reconhecido culturalmente, socialmente e historicamente, também deve ser entendida como uma luta jurídica, vez que apesar de ser um sentimento que ultrapassa os limites do direito positivo pode também conviver com ele. Essa luta jurídica por direitos não positivados está relacionada a um contexto e as experiências jurídicas de determinadas sociedades em determinados períodos.

Nesse entendimento os movimentos sociais são elementos fundamentais para uma história do direito, pois eles podem tornar perceptíveis, entre outras, as lutas por direitos não positivos e as experiências jurídicas projetadas de um outro campo da vida social, ainda não percebido, nem tão pouco formalizado pelos legisladores. Força-se com isso com que tanto o Poder Legislativo escute e tome providências quanto aos reclames sociais no tocante a mudança formal da legislação, e por outro viés pode ser entendido também como uma maneira de pressionar o Poder Judiciário a reinterpretar o sentido das normas já existentes de maneira a atender o que está sendo motivo de conflito e protesto.

Muitas vezes, preconceituosamente, são positivadas como ilícita as condutas populares ou manifestações contrárias ao *status quo* social. Dessa maneira, o sistema jurídico, criminaliza ou marginaliza condutas que política ou ideologicamente não interessam aos elaboradores da norma jurídica. Contudo, em outras, os movimentos sociais são capazes de mudar a história de um país.

Exemplo disso é a onda de protestos e pessoas que foram às ruas em junho de 2013 no Brasil. Parece que finalmente a sociedade brasileira conseguiu organizar-se e o que começou com uma vaia pública coletiva de aproximadamente 40.000 (quarenta mil) brasileiros à Presidente da República do Brasil na abertura da Copa das Confederações no estádio da capital federal, estendeu-se por mais de quinze dias em todas as grandes cidades brasileiras, arrastando milhões de pessoas simultaneamente praticamente em todos os estados do país. Protestos com as mais diversas reivindicações, que atingiram de tal forma os três poderes do Estado, que propostas de Emendas Constitucionais tidas como certas foram derrubadas em votação no plenário. A Presidenta da República desesperada em atender as reivindicações e protestos cogitou até mesmo mover a máquina eleitoral para a instauração de um plebiscito visando a reforma política do país, o que não se sabe ainda se irá de fato acontecer. O que

⁷⁸ HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 532.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 533.

importa é que este exemplo ilustra bem que dependendo da força e magnitude dos protestos e dos movimentos sociais estes sim podem fazer com que reivindicações sejam ouvidas, nem que para tanto seja necessário a modificação de normas constitucionais (como cogitado publicamente em declaração da Presidenta brasileira). Todo o restante do sistema democrático não há como lutar e argumentar contra a força de um movimento social generalizado como este recente ocorrido no Brasil.

3. Movimentos Sociais e Cidadania

A cidadania se constrói na ação. Os movimentos sociais têm sua identidade, elemento essencial, percebido na ação. O próprio conceito de cidadania é constantemente alterado nos diversos momentos históricos, os quais muitas vezes são marcados em decorrência de movimentos sociais. Nesse sentido a história do direito pelos movimentos sociais condiciona o entendimento de que a ação de um movimento social pode ser considerado um exercício de cidadania e também exercício de direito.

Por outro lado, se os movimentos sociais têm na sua constituição uma conotação política da sua ação, tentando intervir nas estruturas e instituições sociais, essas ações são de cidadania, pois cidadania é a prática de ações no mundo da política.

Honneth explica que: “a luta social trata-se no processo prático no qual as experiências individuais de desrespeitos são interpretadas como experiências cruciais típicas de um grupo inteiro, de forma que elas podem influir, como motivos diretores da ação, na exigência coletiva por relações ampliadas de reconhecimento”⁸⁰.

Assim concorda-se com Honneth no sentido de reparar que o desrespeito ao direito alheio também pode ser visto como um desrespeito ao direito do cidadão que tem aquele direito respeitado. O pensamento é que mesmo sendo o desrespeito ao direito alheio ainda assim pode gerar *animus* de outras pessoas não diretamente envolvidos para a luta pelo reconhecimento, ou seja, não limita os atores dos movimentos unicamente aqueles que tiveram seus direitos desrespeitados⁸¹.

⁸⁰ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais*. 2ª ed. Tradução de Luis Repa. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 257.

⁸¹ Daí a explicação do movimento social e onda de protesto de junho de 2013 no Brasil ter envolvido milhões de pessoas de todas as classes sociais reivindicando direitos próprios, alheios e coletivos.

Portanto, as lutas dos movimentos sociais, são lutas por reconhecimento, seja de direitos, seja de sujeitos, seja de respeito em uma sociedade. O sentimento de injustiça indica problemas de não-reconhecimento, mas a solução só advém da articulação política, uma luta, um movimento propriamente dito. Só com o movimento social o sentimento de injustiça passa a ter relevância política⁸².

O conflito gerado pelo movimento social precisa ser percebido, discutido e enfrentando pela sociedade. A negação do conflito e das tensões é uma negação de uma parte das ações de cidadania. Eles são parte da luta pelo reconhecimento de pessoas, grupos e experiências em uma sociedade. É por isso que José Ribas Vieira afirma que “os movimentos sociais podem auxiliar na democratização do Judiciário, ao trazer suas lutas e suas demandas para esse cenário jurídico”⁸³.

Vendo a cidadania como a participação política e exercício de direitos nos espaços públicos, é possível perceber que a cidadania não necessariamente precisa estar atrelada a alguma regulação ou determinação estatal. Ela não é uma forma fechada, determinada, mas uma forma plural e sempre inovadora de participação política.

4. A Eficácia Jurídica dos Movimentos Sociais

Os movimentos sociais encadeiam expectativas normativas, todavia nem sempre gozam de reconhecimento jurídico porque para tanto é preciso o processo pelo direito que implicaria em análise da constitucionalidade, legalidade, codificação e até possível implicação de tipificação como ilícito e sanção em alguns casos.

Para o sociólogo e jurista Celso Fernandes Campilongo:

*“os movimentos sociais também reagem a decepções e não aceitam os fatos. Protestam por serem afetados negativamente pelos fatos. Não se adaptam, não aprendem e não estão dispostos a assimilar decisões - inclusive jurídicas - que, supostamente, os discriminam, prejudicam ou excluem da distribuição de recursos sociais. Essas reações podem ou não caracterizar expectativas normativas”*⁸⁴.

Protesta-se, por exemplo em razão da ineficácia de direitos inquestionavelmente válidos, ou por uma interpretação alternativa ou original de direitos controvertidos. Pode acontecer também protestos pela revogação de direitos válidos, mas incompatíveis com o

⁸² GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e Luta pela Moradia*. São Paulo: Loyola, 1991, p. 48.

⁸³ VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995, p. 135.

⁸⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 74.

ordenamento. Em todas essas situações, quando o protesto dos movimentos sociais é levado aos tribunais, submete-se as exigências do procedimento judicial.

Nos momentos em que os movimentos sociais protestam contra direitos válidos e compatíveis com o sistema jurídica diminuem suas chances de respaldo judicial⁸⁵. Ainda falta uma reciprocidade comunicativa entre o movimento social e o sistema jurídico. São casos em que ficam de um lado os movimentos sociais (protestos); e de outro lado o sistema jurídico e os tribunais. Para ilustrar o quanto esse tipo de situação é de difícil solução cita-se, a seguir, o caso dos moradores da Vila Itororó em São Paulo.

4.1 O caso do direito a moradia das 70 famílias da Vila Itororó em São Paulo

Construído pelo imigrante português Francisco de Castro em 1916 e conhecido localmente como o "Palacete do Bexiga", a obra arquitetônica que é o Castelo da Vila Itororó faz parte de um passado que ajuda a contar a história da cidade de São Paulo, foi um dos locais que no início do século passado eram redutos tipicamente europeus de luxo (assim como a Vila Itororó, surgiram também a Vila Kyrial localizado na Vila Mariana e a Vila Fortunata em plena Avenida Paulista). Eram na época locais de moradia de intelectuais e artistas. Com a evolução da cidade os moradores originais da Vila Itororó foram migrando para áreas que foram se tornando mais nobres na cidade e o "Palacete do Bexiga" apesar de ser local de extrema cultura arquitetônica e relevância histórica passou a ser alugado por famílias não muito abastardas, e com o passar dos anos a Vila Itororó passou a ser considerado um dos "cortiço" da cidade.

Setenta famílias de baixa renda vivem há trinta anos neste conjunto arquitetônico da década de 1920, tombado como patrimônio histórico há poucos anos. A Prefeitura de São Paulo tem um projeto de criar um centro cultural com bares e restaurantes no local, o que obviamente implica na expulsão e despejo dos moradores que lá habitam⁸⁶. Em contra partida as famílias ajuizaram ação de usucapião plúrimo⁸⁷, com base no Estatuto da Cidade e no Direito Constitucional de Moradia. As decisões judiciais desconsideraram as previsões legais

⁸⁵ O que na visão da Escola do Realismo Jurídico não implicaria problema nenhuma já que nela o juiz é muito mais livre para valorar o direito e tem muito mais autonomia de suas decisões. Além de não isolar o direito da sua necessária interdisciplinariedade com as outras ciências, para torná-lo também mais justo aos anseios sociais.

⁸⁶ Autorização da Prefeitura do processo de desapropriação contra a Fundação proprietária da Vila, processo Nº 583.53.2007.134155-9, distribuída na 1ª Vara da Fazenda Pública.

⁸⁷ Processo Nº 583.00.2008.136490-1, distribuída na 2ª Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital SP.

do Estatuto das Cidades⁸⁸, legislação recente e específica para questões urbanas, pouco conhecida e aplicada pelos Tribunais. As expectativas normativas dos moradores da Vila Itororó encontram dificuldade do sistema jurídico em acompanhar a variabilidade do direito e da demanda coletiva. Repare que neste caso os moradores reivindicam o cumprimento da Lei e o reconhecimento do direito, ou seja, almejam o reconhecimento e a cooperação do sistema jurídico para o exercício do direito constitucional de moradia, regulamentado pelo Estatuto da Cidade. No início do processo os moradores da Vila Itororó viam o sistema jurídico como local de discussão de direitos, todavia após tantas negativas de juízes e Tribunais passaram os moradores a enxergar o Judiciário, tão adversário na luta pelo reconhecimento de seus direitos como a Prefeitura de São Paulo. As negativas dos Tribunais causaram também decepção e descrença no direito por parte dos moradores.

Explica o aluno de direito da Universidade Federal de São Paulo - USP, e membro do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (*Saju*) entidade que defende juridicamente os moradores da Vila Itororó desde 2007, que em tese, os moradores não poderiam ser expulsos do imóvel pelo qual tentam provar a legitimidade da posse. O artigo 11 do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) garante que qualquer ação petitória ou possessória deve aguardar a pendência do processo de usucapião. Mas o decurso dos processos aponta para a negligência do artigo por parte do Judiciário. “Esperávamos que o Artigo 11 nos amparasse, mas o conflito de interesse faz com que a lei seja letra morta”⁸⁹, aponta Jonnas. Outros dois recursos foram indeferidos: um pedido de suspensão da desapropriação e outro pedido de suspensão da liminar que concedeu a imissão da posse.

Segundo Bianca Tavorali, também aluna da USP e membro do *Saju*, a luta pela via judicial tem sido difícil, porque os juízes e desembargadores entendem que não há dano algum aos moradores, caso haja desocupação. “*Eles esquecem que falamos em direito à moradia da população de baixa renda*”, argumenta. A negociação sobre o processo de desapropriação acertado em R\$ 8 milhões com a Fundação Leonor de Barros Carvalho acabou não envolvendo os moradores. “*Parece que estamos discutindo valores, mas não é isso*, explica a aluna. *Nosso foco é o direito à moradia, que é básico a tantas outras pessoas. Sem casa,*

⁸⁸ A existência dos Estatutos das Cidades do Brasil está previsto na Constituição Brasileira, artigos 182 e 183 e foi regulamentado pela Lei 10.257/2001 que também estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

⁸⁹ Jonnas Vasconcelos, estudante da Faculdade de Direito e membro do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (*Saju*), “*Estamos falando sobre pessoas que estão lá há mais de trinta anos, sendo que algumas delas nasceram lá, construíram toda uma vida.*” afirmou Jonnas na reportagem da Universidade Federal de São Paulo, disponível no site da USP: <<http://www.usp.br/aun/exibir.php?id=2959>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

você perde até o acesso ao sistema Judiciário”. Bianca ainda aponta para o fato dos juízes entenderem que, nesse caso da Vila Itororó, há conflito de interesses entre a esfera particular e o setor público. “*Mas como a moradia de 70 famílias pode representar um interesse particular?*”, questiona ela derrubando assim tal argumento.

Em novembro de 2012, os moradores receberam um ofício comunicando a imissão na posse do imóvel que passará para responsabilidade da Prefeitura. O desfecho do processo implicou na retirada dos moradores da Vila que começou em dezembro de 2012, quando 64 famílias foram reassentadas em conjuntos habitacionais na região. Sete famílias, porém, ainda aguardam atendimento. Segundo Antonia Souza Candido, que reside na Vila há 32 anos, esses moradores deveriam ser realocados para o empreendimento habitacional “Bom Retiro C”, também no centro da cidade. O prazo para a entrega dos imóveis era a primeira quinzena de dezembro de 2012. No entanto, a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano (CDHU) prorrogou o prazo para abril de 2013⁹⁰.

Eram seis e meia da manhã de 20 de fevereiro de 2013 quando os oficiais de Justiça foram à Vila Itororó cumprir a reintegração de posse do imóvel. A ação contou com forte aparato da Polícia Militar, que cercou todo o quarteirão e impedia o acesso ao imóvel. Sob pressão policial, os moradores remanescentes retiravam o que podiam de suas residências e levavam seus pertences para a casa de parentes e amigos.

Segundo a Secretaria Municipal de Habitação de São Paulo, seis das oito famílias cadastradas no órgão recebiam auxílio-moradia no momento do despejo. A informação, porém, é contestada pelos moradores. Moradora da Vila Itororó, Antonia Candido conta que o pagamento da primeira parcela da “bolsa-aluguel” no valor de R\$ 300 (trezentos reais) mensais estava agendado para ocorrer em 28 de fevereiro – oito dias depois do despejo.

De toda a forma o que se pretende com este exemplo dos moradores da Vila Itororó não é exemplificar a interpretação jurídica dada às normas pelo Poder Judiciário, isso compete a hermenêutica e a Teoria da Decisão Judicial. Nem muito menos demonstrar os dramas da população de baixa de renda do Brasil. O que se pretende com este análise detalhada do ocorrido na Vila Itororó é demonstrar o quanto a sociologia, economia, políticas públicas, direito de massas, movimentos sociais comunitários estão atreladas ao direito, e em como decidir judicialmente um processo implica em verificar toda a repercussão social que este acarreta. O caso dos moradores do Itororó rendeu muitas reportagens em jornais, entrevistas

⁹⁰ Em matéria originalmente publicada em: BENVENUTI, Patrícia. Vila Itororó: Derrota da Moradia. *Brasil de Fato*, p. 48, 06 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/12213>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

de sociólogos, historiadores, arquiteto e juristas em rádio e televisão, enfim não se restringe a uma discussão meramente jurídica, é mais que isso, envolve uma discussão política, social e econômica sobre o tema.

Por isso, a importância dos juízes e Tribunais terem uma visão menos conservadora no ato de julgar. Esse caso específico, envolve muito mais que ponderações e conflitos entre normas, direitos e princípios constitucionais.

Deste processo dependia e muito a “vontade do magistrado”, porque “solução” jurídica existia para dar ganho de causa tanto aos moradores da Vila Itororó quanto à Prefeitura de São Paulo. Esse é um típico caso que se vislumbra a hipótese prevista pelo o realismo jurídico. Os juízes competentes pelos processos entre a Prefeitura e a Vila Itororó, poderiam, se assim quisessem. “*comprar a briga*” do direito à moradia das 70 (setenta) famílias, havia sim respaldo jurídico para isso. Já havia sido dito na primeira folha do capítulo desse trabalho da importância dos juristas de saberem transitar tanto na exegese das normas positivadas, como nas considerações de pensamentos afins como filosófico, sociológico e político. Essa habilidade de compreensão entre o sistema jurídico com os demais garante uma melhor solução dos problemas jurídicos advindos da sociedade contemporânea e vai depender da combinação entre a consistência jurídica e adequação social das decisões judiciais.

5. A Importância da Experiência Jurídica e dos Valores Sociais

Nos capítulos anteriores foi estudado que o Realismo Jurídico norte-americano tem raízes no entendimento que a “experiência” dos magistrados é tão importante quanto o seu conhecimento jurídico normativo, pois será nela que os juízes buscam a sabedoria para transformar, através da interpretação, as normas a serem utilizadas nos julgamentos dos casos que lhe são apresentados.

É necessário um conceito de experiências jurídicas que possa conhecer as múltiplas vivências jurídicas coletivas e individuais, pois são estas e dos elementos de debate dos fenômenos jurídicos que existe e se alimenta a história do direito.

É na consciência e na vontade de agir, conforme determinada orientação do indivíduo, que Giuseppe Capograssi funda a experiência. Esta, para o italiano, é o resultado e a

existência da tensão entre o agir e a consciência do indivíduo. O pensar, a vontade e a ação são a experiência⁹¹.

As ideias que regulam e que influenciam as ações, constituem a experiência do sujeito do mundo⁹². Capograssi consegue captar a pluralidade de ideias e ações que podem constituir a existência do sujeito no mundo, suas experiências. E, nesse sentido, o direito é percebido, antes de tudo, “como experiências, isto é, como dimensão da vida”⁹³.

Miguel Reale acredita que o conceito de experiência jurídica de Capograssi constitui “instrumento na totalidade da vida orgânica” e que essa é “compreensão unitária e problemática são conceitos que se exigem reciprocamente”⁹⁴.

Para Reale “reconhece-se na experiência jurídica a polaridade de ser e dever ser”, “sendo a experiência jurídica uma forma de experiência cultural”, de tutela do que é valioso, “um instrumento de civilização”⁹⁵.

Miguel Reale se aproxima do conceito de Capograssi, acreditando ser a experiência jurídica um elemento de resguardo dos valores da sociedade, da “civilização”. O direito e suas experiências não estão alheios ao desvalor, “ao injusto”, a violência que a norma também pode conter.

Experiências jurídicas são todas as manifestações individuais e coletivas, que tem relação com um sentimento de juridicidade. Não são apenas os sentimentos relacionados com o cumprimento da lei, do bem da conduta socialmente aceita.

O direito é um componente das experiências jurídicas. E isso não importa sobre qual dos conceitos de direito se está a falar. Direito natural, direito positivo, redução do direito às leis positivas ou as decisões judiciais, qualquer desses conceitos de direito, incluem em si o conceito de experiências jurídicas, pois em todos eles podem coexistir o “sentimento de jurídico”.

Para as experiências jurídicas, esse sentimento é perceptível quando os atores sociais reivindicam ou agem acreditando que esses anseios e desejos, são jurídicos. Um objeto passa a fazer parte das experiências jurídicas quando sua propriedade é regulada, reivindicada (torna-se objetivo de luta ou defesa) ou simplesmente tutelada, e passa a ter utilização

⁹¹ CAPOGRASSI, Giuseppe. *Opere*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, vol. I, pp. 10-11.

⁹² *Ibidem*, p. 160.

⁹³ GROSSI, Paolo. O Ponto e a Linha. História do Direito e Direito Positivo na Formação do Jurista do Nosso Tempo. *Revista Sequência*, n. 51, pp. 35-36, dez. 2005.

⁹⁴ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 34.

⁹⁵ *Idem*. Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 218-219.

jurídica. A definição sobre o que é jurídico ou não para sua inserção dentro das experiências jurídicas, depende da observação de uma sociedade, dos sentimentos, das suas lutas e vivências cotidianas⁹⁶. A experiência (e consequentemente a juridicidade) deixa de ser algo dado, concreto, imutável ou constante, e passa a ser entendida como uma construção de cada sociedade, nas suas diversas realidades. O conceito de experiências jurídicas é um conceito aberto, passível de aceitar novas interpretações é um conceito plural, interdisciplinar e em constante (re) construção porque os valores do justo e do injusto mudam constantemente e ambos podem coexistir: “dialeticamente, no interior da vida e além dela, a justiça e suas percepções plurais se (re) constroem cotidianamente, como possíveis horizontes de sentido, referenciais normativos escolhidos, buscas provisórias de agir e pensar de modo justo”⁹⁷.

Marcelo Cattoni defende que:

*“já se pode falar, da perspectiva da justiça como desconstrução ou possibilidade permanente de desconstrução, não apenas numa justiça por vir, no seu caráter hiperbólico, extravazador e insaturável, mas também num direito por vir. Um direito cujo fundamento não está simplesmente deslocado do passado para o futuro, mas aberto ao por vir, sem condições. Um direito que somente terá sentido no futuro se for presença de uma ausência, e a justiça, como permanente possibilidade de desconstrução, que não se esgota em si mesma, se for evanescente”*⁹⁸.

A Justiça e o Direito são construções e reconstruções constantes, são objetos históricos culturais que se alteram no tempo e espaço, não é possível pensar na justiça, nem nas experiências jurídicas como conceitos eternos ou imutáveis. Não se deve compreender uma experiência jurídica com valores unitários, porque as sociedades são plurais, assim como seus valores também são plurais. Fazendo uma comparação paradigma extrema, todavia bastante elucidativa os valores de propriedade dos senhores de escravos não tem a mesma opinião dos valores de liberdade dos escravos. São experiências jurídicas diferentes e antagônicas como essa que geram conflitos. Deve-se perceber que as experiências jurídicas são essas tensões, esses diversos valores, normas e culturas que existem em uma sociedade. Tentar reduzi-las, é diminuir os elementos das vivências jurídicas e das múltiplas formas do direito se manifestar em uma sociedade.

⁹⁶ HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça Nos Dias e no Mundo de Hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. XXX. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Opluralismojur%C3%ADdico%28extracto%29.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2013.

⁹⁷ BARROS, Juliano Napoleão. *O Direito como Vivência de Alteridade: A Tensão entre a Imanência e a Transcendência do Direito a partir do Raciocínio de José Ortega y Gasset*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 135.

⁹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Passagem do Direito: Coisa Devida, Dever-Ser e Devir, Direito por Vir*. Conferência apresentada no V CONGRESSO BRASILEIRO DE HISTÓRIA DO DIREITO, realizado na Cidade de Curitiba, pelo Instituto Brasileiro de História do Direito e pela Universidade Federal do Paraná entre os dias 29 de agosto e 02 de setembro de 2012.

As experiências são deduções comuns extraídas, com base num conjunto de fatos, seja da experiência geral da vida, seja do conhecimento técnico especializado. As *máximas de experiência* de que o juiz utiliza ao julgar as prova, não se confundem com fatos notórios⁹⁹ que possa existir nos casos sob julgamento, dado que as experiências se revestem de caráter indireto.

Os juízos antecipados que o magistrado fazem sob determinadas questões postas em litígio, implicam no raciocínio dedutivo que caracteriza a presunção, revestem natureza *geral* e estão intimamente relacionados com a experiência jurídica, que são as ações que influenciam os indivíduos ao agir para o “bem”, para o “justo”. As experiências jurídicas são as diversas percepções (e suas diversas decorrências) do jurídico (mesmo que essas se contradigam) em uma sociedade.

Completa esse entendimento o pensamento de Paulo Ferreira da Cunha esclarecendo que:

“que as fontes mediatas do direito seriam designadamente os seus valores superiores (Justiça, Liberdade e Igualdade) (norma1), atualizados imediatamente pelos princípios de direito (norma 1-2), o costume (norma 1), e as normas escritas (leis, latu sensu e normas de pessoas coletivas ou morais) (norma 3). A obediência do juiz e da administração à norma escrita (norma3) tem de ser entendida em termos hábeis. Havendo uma margem de liberdade em caso de não restrição, nomeadamente de direito, na medida em que se raciocina a partir de um sistema complexo de níveis normativos, e não, de forma míope, sobre determinado texto. Reconhecer-se-ia em termos apertados mas honrosos, o direito da pessoa do juiz à objeção de consciência perante a lei injusta, mas manter-se-ia a proscrição do non liquet (art. 8º, nº1)”.¹⁰⁰

Miguel Reale afirma que experiência jurídica ou direito como experiência: “*significa concretude de valoração do direito*”, sendo suas “normas deontologicamente inseparáveis do solo da experiência humana”¹⁰¹. Nesse sentido o direito como “*realidade histórico cultural*” estaria “*presente à consciência em geral*”, acolhendo valoração e comportamentos, “atribuindo-lhes um significado suscetível de qualificação jurídica no plano teórico, e correlatamente, o valor efetivo das ideias, normas, instituições e providências técnicas vigentes em função daquela tomada de consciência teórica e dos fins humanos a que se destinam”¹⁰². Dessa forma a experiência jurídica seria concebida “como um processo de

⁹⁹ Chiovenda, reconhecendo que o conceito de notoriedade é muito indeterminado, delimita o seu conceito nos fatos reputados certos e indiscutíveis pelo consenso humano geral. Admite quanto aos fatos em si, aqueles pertencentes à história, às leis naturais, à ciência e às ocorrências da vida pública de forma geral. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, vol. II, p. 352).

¹⁰⁰ CUNHA, Paulo Ferreira. *Iniciação à Metodologia Jurídica*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 91.

¹⁰¹ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 31.

¹⁰² *Ibidem*, p. 31.

concreção axiológica-normativa” no qual “já está implícita a sua exigência de unidade e totalidade”¹⁰³.

O direito estabelece normas comportamentais e as valora. Mas isso não significa que esses valores correspondam aos anseios ou à “consciência em geral”. Por isso a importância de associar o direito com as experiências jurídicas das pessoas que irão operá-lo são indissociáveis.

O direito é o reflexo de uma sociedade, com todas as suas imperfeições comportamentais. Está longe de ser um oráculo onde se encontram todas as respostas. Para entendê-lo nas múltiplas faces que ele pode apresentar, o jurista deve ser sabedor de conceitos preparados para perceber essas multiplicidades. Quiçá que o direito fosse perfeito, mas ele não é! A análise aqui é do ser, para a discussão, partindo desse, de como fazer o “dever-ser”.

O sentimento de jurídico, independe da qualificação de “certo ou errado”, “ruim ou bom,” do seu objeto. Já as experiências jurídicas serão as múltiplas relações com o que é jurídico: negando, afirmando ou contradizendo esses sentimentos. Para Paolo Grossi: “a lei deve entrar em toda experiência jurídica e ali coexistir”¹⁰⁴, a experiência para ele é o sentimento do jurídico, do cumprimento das regras, muitas vezes positivadas em lei: “a lei poderá e deverá ser respeitada somente se na verificação da experiência jurídica demonstra ser portadora dos valores assumidos pela experiência na sua fundação”¹⁰⁵. Assim já diziam os autores realistas a experiência é a conduta que deve ser seguida e a lei deve ser correspondente a essa conduta, conforme foi defendido nos capítulos anteriores.

A positivação dos direitos não exclui as experiências jurídicas que não estejam positivadas e reguladas nas normas. Na teoria de Enrico Opocher, “que o direito não se revolve na norma (positiva ou ideal), nem nas relações jurídicas, nem nas instituições ou condutas legais, o direito como experiência é tudo isso junto, tudo que possa se observar na realidade da vida”¹⁰⁶.

As normas jurídicas não devem ser compreendidas como a totalidade das determinações jurídicas, nem como a grande protetora das ações humanas, ela pode ser isso, mas também

¹⁰³ REALE, Miguel. *O Direito como Experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968, pp. 31-32.

¹⁰⁴ GROSSI, Paolo. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 153.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 153.

¹⁰⁶ OPOCHER, Enrico, *apud*. CESARINI SFORZA, Widar. *Il Valore Dell'Esperienza Giuridica*. Treviso: Crivellari, 1947. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Milano, vol. II, p. 483, 1984. Ocorre que Enrico Opocher vê a experiência jurídica como filosofia do direito. O foco da experiência jurídica é o pensamento sobre o jurídico, seu exercício de pensamento, não o entendimento da experiência jurídica como um complexo de relações jurídicas em um tempo histórico.

pode ser corrupta, violenta, criminosa. A tentativa é possibilitar a verificação de que a norma – como em alguns momentos ela é – pode existir em oposição à alguns sentimentos jurídicos.

A legislação nem sempre está em harmonia com o sentimento jurídico de uma maioria ou de partes da sociedade. O fato de ser lei positiva não garante a sua adequação aos preceitos e sentimentos de uma época, até porque estes são múltiplos, e, obviamente, a legislação não apresenta resposta para tudo. Por outro lado, a lei é uma parte importante das experiências jurídicas, isso não pode ser negado, mas a sua relação com as outras experiências, como movimentos sociais, protestos, greves, revoluções, ou qualquer outra reivindicação advinda da sociedade também é de singular importância.

Portanto, as experiências jurídicas não são apenas as ações que ocorrem dentro do previsto na lei ou dos sentimentos positivados por elas. Defende-se que as experiências jurídicas são todas as relações possíveis com o sentimento de jurídico (incluindo suas violações e interpretações contraditórias), para além das leis e para além dos valores e sentimentos positivados (ou não) por elas. Não se pretende negar esses valores já positivados, nem a importância das leis para as experiências jurídicas históricas, mas simplesmente afirmar que elas são elementos que convivem com outros em uma pluralidade.

V O JUIZ COMO CONSCIÊNCIA SOCIAL

Ser juiz é realizar uma prestação de serviço à coletividade, mas não uma prestação tipo empreitada no sentido de quanto mais produção de sentenças em menos espaço de tempo melhor, e sim uma prestação de serviço intelectual. Ser juiz é procurar harmonizar os desequilíbrios, os desencontros, as divergências e até mesmo os desamores de cada caso em concreto. É buscar entender o porque da antinomia conceitual entre justiça social e justiça jurídica. Nenhum juiz deveria se olvidar que a sociedade é sensível a um sentimento de justiça, que muitas vezes pode não estar determinado numa simples leitura e adequação da letra fria da lei. E esta sociedade deposita nos juízes essa credibilidade de sentimento de justiça, entrega nas suas mãos, através dos argumentos de seus advogados (é claro), toda a sua expectativa da sensação de justiça dos seus problemas e conflitos “jurídicos” com outrem.

Em discurso de posse do cargo de desembargador perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o poeta, jurista e filósofo Jose Paulo Bisol proclamou que: “Nenhum exercício social é mais rico em ensinamentos dramáticos e trágicos a respeito do sofrimento humano quanto a prática forense; que ninguém pode ser juiz sendo simplesmente juiz; só se pode ser juiz compungidamente”¹⁰⁷.

Sendo assim, a vida de juiz é a consciência de ser juiz, a qual permite e determina o enfrentamento de dificuldades sem dar as costas as insensibilidades que cada caso possa vir a trazer ao longo da carreira dos magistrados, já que é bem possível que com o passar dos anos o magistrado se acostume mais com injustiças que com justiças, seja pelo acúmulo de trabalho em seus gabinetes, seja pela falta de vocação de debruçar-se com a devida atenção a cada processo, que traz consigo uma história diferente envolvendo pessoas diferentes, com expectativas diferentes. Então os juízes de consciência, tantas vezes mau entendidos pelos mais ortodoxos, dentro e fora da magistratura, ao elaborarem suas sentenças devem aplicar uma norma jurídica reelaborada em cada caso.

Por isso, nesse entendimento, não pode se aceitar que o juiz que é consciente do conteúdo social de sua missão, aplique a norma legal como último significado da norma jurídica, porque se assim fosse o Direito seria um mesquinho instrumento do Poder e não valeria a pena para o juiz dedicar sua vida inteira para ele. Se o Direito se exaurisse no texto legal, o Direito seria mais que um instrumento do Poder do Soberano.

¹⁰⁷ BISOL, Jose Paulo, *apud* FREIRE, João Pedro. O Juiz como Consciência Social. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano VII, p. 46, mar. 1980.

A consciência jurídica do magistrado é acima de tudo uma consciência de valores na vida social. Conforme anotou Carlos Cossio: “passou a ser verdade de ordem comum que a experiência jurídica, por ser uma experiência humana, não é uma experiência natural, isto é, neutra de valor, mas uma experiência estimativa, valiosa”¹⁰⁸.

Paulo Ferreira da Cunha explica:

“O Direito é um fato, lida com fatos, cria fatos, pressupõe fatos. Sem eles, não é. Não há direito sem fatos. ... O Direito não se esgota porém aqui. Não se serve dos fatos em bruto, antes trabalha essa matéria-prima. E os instrumentos de que se serve são valorativos. O Direito e sua balança pesam, avaliam os fatos: confere ao jurídico uma dada significação (positiva, negativa, neutra) às realidades. E aí o Direito é valor.(...) Os valores de que curamos são os da liberdade (subsidiariamente, a paz social, segurança, ordenação, etc.) da, igualdade (não igualitarista) subordinados ao que para o Direito é o valor-fim Justiça. É com vista a esse fim, e na medida desse valor, que o Direito trata os dados e os fatos”¹⁰⁹.

Não é aceitável instituir a ordem jurídica positiva em si mesma como exclusiva medida do justo, sob pena de renúncia do próprio valor do significado da Justiça. Em convívios sociais, onde não se garantem a liberdade ou o livre desenvolvimento da personalidade, nem se dá a eficaz proteção a pessoa humana. Na reflexão em torno da angustiante problemática social que envolve também expressões de desvalor e injustiças não pode o juiz, como combatente do Direito que é, adotar a atitude de indiferença abstendo-se deliberadamente de discutir o valor do conteúdo de ordem positiva.

O magistrado tem o dever sim, de buscar o ideal de justiça, e para tanto não necessariamente precisa saber o que é a justiça, mas sim ter um bom parâmetro e senso crítico de valores para saber o que é “injusto” dentro de determinado contexto a ser analisado no caso *sub judice*¹¹⁰. Nesse sentido não cabe ao juiz a análise das normas positivas para descobrir o que é justiça em determinado caso, mas muito mais importante será a análise dos fatos e transformações interpretativas que estes podem vir a ter com a evolução da sociedade, vez que o direito deve estar em constante mutação acompanhando as mudanças da sociedade.

A nobre missão do ato de julgar exige do magistrado muito mais do que competência técnica, que se limita apenas a uma sólida formação jurídica capaz de fundamentar com segurança suas decisões. A experiência profissional dos juízes e sua formação cultural precisam ser mais abrangentes para assim extrapolar os limites do cumprimento literal da lei positivada, constituindo dessa forma qualidades que repercutirão positivamente em sua atividade jurisdicional.

¹⁰⁸ COSSIO, Carlos, *apud* SILVEIRA, Jose Neri. A Função do Juiz. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XIX, p. 41, 1992.

¹⁰⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Síntese de Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 130-131.

¹¹⁰ Paulo Ferreira da Cunha descreve bem esse bom senso do julgador ao discorrer sobre a “autognose” dos juristas em sua obra: CUNHA, Paulo Ferreira da. *Síntese de Filosofia do Direito*, p. 37 e seguintes.

O apego desmedido e literal ao texto da lei, observados em alguns magistrados, mais parece aumentar o mundo que separa a teoria da prática social que permeia as tensões e os conflitos próprios da natureza humana. Muitas das decisões ignoram os fins sociais a que a lei se dirige e as exigências do bem comum ao indagar qual a relação entre a teoria e a prática. Ou seja, como relacionar aquilo que se conhece em termos teoria com a possibilidade de aplicação aos casos em concreto, sem contudo, correr o risco de violação da lei? A resposta está na capacidade e formação extra legal dos juízes para fazer a associação entre lei, fato e realidade social para que assim se aproxime ao máximo do ideal de justiça.

Quando o juiz se socorre apenas ao conhecimento frio e literal da lei que o ajudará a fundamentar sua decisão, o juiz corre o risco de se distanciar da realidade dos fatos, dos valores e da natureza humana. Nestas circunstâncias, um juiz no ânimo de não se distanciar da seara segura do texto da lei, poderá proferir uma decisão que ignora, por exemplo, o princípio da primazia constitucional da dignidade da pessoa humana, que se constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF/88, art. 1º, inciso III), comprometendo o teor de sua sentença. Isso porque falta na formação dos magistrados, desde suas bases a valoração filosófica e humanística que os auxiliem na aplicação das leis, de forma a dar maior convicção de justiça na fundamentação de sua decisão; inclusive para possibilitar ao magistrado o senso crítico para a análise da percepção se de fato a sentença atende aos fins sociais e se dirige ao bem comum.

Friedrich Müller defende que: “o sujeito da decisão jurídica não é a lei ou a norma, mas o jurista efetivamente atuante. Ele é o responsável por sua deliberação vinculante, e, além disso, ele também está comprometido com o Estado de Direito e a democracia, no tocante à metódica de seu trabalho”¹¹¹.

Na visão de Antônio Alvares da Silva:

“uma vez posta a lei o juiz com a aplicação remodela esta lei para adaptá-la as necessidades sociais. Não cria, mas recria os comandos jurídicos. Ao passar pelas mãos dos juízes e pela experiência dos povos as leis se enriquecem de elementos novos que, sem mudar-lhes a natureza, redimensionam-nas no tempo, fazendo-lhes ajustes de percurso, para que continuem aptas a continuar seu percurso histórico”¹¹².

A doutrina e jurisprudência constitucional estão numa fase de transição entre um tratamento tradicional lógico-formal das normas jurídicas e a aplicação de métodos modernos de uma interpretação material-valorativa. Parte dos juristas não parecem estarem preparados para aplicar os Direitos de uma maneira dogmaticamente correta condizente com a defesa de

¹¹¹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos do Trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 126.

¹¹² SILVA, Antonio Álvares da. *As Súmulas de Efeito Vinculante e A Completude do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTr, set. 2004, p. 55.

bem estar social, fato este que leva a necessidade de especialização e aquisição de conhecimentos aprofundados nas áreas da Filosofia e Sociologia Jurídica.

Todo o discurso e argumento que defende-se neste trabalho é que o juiz deve olhar para fatores externos além dos jurídicos explícitos na lei, o que não significa a defesa de que o juiz deva seguir somente sua consciência, mas sim que existem maneiras dele adequar a sua visão de justo ou injusto ao julgar às normas a serem aplicadas em suas decisões (ou vice-versa). É preciso não olvidar que a garantia de direitos e a separação dos poderes são componentes da noção de ordem constitucional.

Por isso, se é certo que o juiz não deve aplicar as leis como se robô fosse, não é também menos certo, por outro lado, que o juiz enquanto órgão do Poder Judiciário esteja autorizado, pela ordem constitucional, a desprezar a lei válida e decidir o caso em concreto por critérios pessoais e subjetivos como se fosse possível criar a norma que lhe pareça mais justa ou mais conveniente a solucionar a hipótese em exame.

Para Paulo Ferreira da Cunha:

“O que realmente se sucede é que, em novo paradoxo, a alternativa que mais imediatamente se coloca hoje ao jurista que deseje tomar um pouco de altura face aos seus imediatos instrumentos e casos do quotidiano, é a seguinte: ou o não pensar assumido de um positivismo apenas passível de reflexão no círculo fechado dos problemas que possa permitir-se o seu sistema (na melhor das hipóteses, ao nível de uma Teoria do Direito generalizadora e indutiva); ou o questionar da juridicidade, de forma já verdadeiramente extra-jurídica (ou para tal resvalando), que é a crítica do Direito das teorias pós-modernas”¹¹³.

A autoridade do juiz decorre da Constituição e das leis em conformidade com ela, e neste trabalho não se procura discutir isso. Não se quer aqui defender a ideia que a investidura do juiz como autoridade judiciária lhe prestaria aptidão para decidir discricionariamente por invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando de lado as leis compatíveis com os ideais da Constituição. Não é isso. Se fosse assim, se estaria a defender a substituição do legislador pelo juiz com evidente desconsideração ao preceito básico do sistema democrático relativo a separação e harmonização dos Poderes. O que se almeja aqui é que não se diminua a independência do magistrado para solucionar litígios e interpretar a lei, de forma a atender os seus fins sociais e ao bem comum, os quais também tem o dever de serem observados pelos juízes ao cumprir o seu ato de julgar.

¹¹³ CUNHA, Paulo Ferreira. Reflexões sobre o Direito Contemporâneo. *Revista Páginas de Filosofia*, v. I, n. I, p. 39, jan.-jul. 2009. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/865/958>>. Acesso em: 02 out. 2012.

O Direito para servir à sociedade, não pode ficar na pura abstração, mas deve existir no conviver humano, deve ser companheiro da vida e, assistindo, protegendo, promovendo o convívio harmônico e a segurança das relações sociais¹¹⁴.

Há em verdade o juiz de nosso tempo, de ter presente a realidade do mundo social e econômico em que vive no momento em que analisa um caso a ser julgado. Dessa maneira sim, estará atendendo ao caráter prático de seu ofício, pois estará a aplicar a lei conforme os fins sociais a que ela se dirige quanto às exigências do bem comum¹¹⁵.

O juiz tem que estar atento aos fatos ao tempo que vive não lhe bastando o conhecimento da técnica do direito para resolver adequadamente os conflitos, pois em cada processo há problemas humanos, e não apenas problemas de técnica jurídica. Cumpre aos juízes o estudo e a reflexão a partir da descoberta de elementos existentes no ordenamento jurídico, com base nas quais se encontra, dentro do possível a prudente solução às transformações sociais necessárias.

1. O Despertar Social dos Juízes Brasileiros

Juízes mais conscientes de seu papel social e de sua responsabilidade estão assumindo a liderança de um processo de reformas, tendo como objetivo dar ao judiciário a organização e a postura necessários para que ele – juiz – cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de justiça.

O perfil do juiz na atualidade é de que ele deve soltar-se das amarras do formalismo e recuperar a sua capacidade de indignação. A preocupação do juiz deve ser saber de sua função política-social face o cenário tenso de antagonismos e contradições da sociedade contemporânea.

São duas as funções básicas do direito descritas por Marcelo Neves. O direito tanta deve respeito a sua função conservadora que é atuar como controle social das áreas sociais

¹¹⁴ SILVEIRA, Jose Neri. A Função do Juiz. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XIX, p. 46, mar. 1992.

¹¹⁵ Na publicação Reflexões sobre o Direito Contemporâneo. *Revista Páginas de Filosofia*, v. I, n. I, p. 44, jan.-jul. 2009. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/865/958>>. Acesso em: 02 out. 2012. Paulo Ferreira da Cunha discorda aduzindo que: “Trata-se de uma situação preocupante, e condicionadora de toda atual juridicidade. porque o Direito, assim erigido em chave mestra dos problemas sociais e humanos, é chamado a resolver litígios para que não está preparado e para que não foi concebido, e em número astronomicamente crescente. A regra que proíbe a denegação de justiça pelos tribunais, sendo justa, parece não ser interpretada corretamente: é que o juiz não tem que julgar todos os casos, só os verdadeira e especificamente jurídicos”.

protegendo o status *a quo*; quanto também deve manter atento a sua função transformadora (tão importante quanto) que é justamente o aspecto dinâmico da realidade social. Atuar como controle social das áreas sociais de não-conformidade. Modificando as relações e valores sociais¹¹⁶.

2 Realismo a Brasileira

A concepção realista defende um certo pessimismo quanto a possibilidade de determinação da previsibilidade normativa, uma vez que aquilo que será decidido no futuro pelos tribunais a respeito das mais variadas matérias jurídicas são no máximo previsões que podem se concretizar no futuro, mas, em hipótese alguma, existe alguma garantia de que isso vá, de fato, acontecer.

Na visão de um legalista, boa técnica legislativa, com redação precisa de leis bem acabadas, quando aliadas à formação de juristas treinados para interpretá-las com exatidão seria o suficiente para que tivéssemos por conquistadas as condições para que os atores sociais pudessem antecipar, com máxima precisão, os resultados jurídicos de sua conduta. Todavia, na de um realista, o esforço legislativo é vão, na medida em que, ao final, o Direito que irá efetivamente reger o caso será aquele determinado pelo tribunal.

O Brasil vive juridicamente este momento de diapasão, no contexto atual, com o Supremo Tribunal Federal. O julgamento da Ação Penal 470 também conhecido como popularmente como “*ataque da justiça ao mensalão*” propiciou um amplo debate no campo jurídico nacional brasileiro. A opinião de advogados e professores criminalistas no sentido de que, para julgar a referida ação, a maioria dos ministros da Corte Suprema aderiram a uma postura mais conservadora com relação ao Direito Penal, de modo a evidenciar certo retrocesso no que tange à sua jurisprudência criminal e ao modo de interpretar as garantias processuais dos acusados.

A doutrina brasileira discute: Supremo Tribunal Federal mudou para julgar o *mensalão* ou o *mensalão* mudou o Supremo? Os ministros da corte negam, mas os criminalistas afirmam que foi o Tribunal que mudou seus paradigmas para condenar os réus da Ação Penal 470, o processo do *mensalão*. Fazendo uma interpretação realista da postura do STF pode-se

¹¹⁶ NEVES, Marcelo da Costa Pinto. O Direito como Fator de Desenvolvimento. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/ASCES*, Caruaru, v. XI, n. 15, pp. 427-457, 1984.

afirmar que finalmente no Brasil a Corte Suprema, possivelmente, motivada em cessar a impunidade de políticos no país, optaram por julgar de forma mais rígida interpretando a legislação de maneira que fosse possível motivar juridicamente as razões da condenação da maior quadrilha de políticos da história do Brasil¹¹⁷.

Os juristas que não aceitam o pensamento realista argumentam se esse endurecimento ao julgar se mostra necessário em face do tipo de criminalidade que é objeto de julgamento. Nesse caso, a alteração “previsibilidade” na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve ser analisada no contexto da resposta que o Judiciário deve dar à sociedade. Parece estar havendo uma *accountability*¹¹⁸ do STF em face de uma certa demanda contra a impunidade¹¹⁹.

Será que a mudança ocorre porque se está a julgar a referida ação penal com tantos políticos envolvidos ou, ao revés, por que há, na espécie, uma reformulação nos quadros pessoais do Tribunal Superior? De 2004 a 2012, quatro ministros deixaram a Corte e outros três ingressaram nela. Muda-se o juiz, altera-se o comportamento decisório, modifica-se o Direito. Holmes estaria certo?

Deixando de lado a questão enfrentada no julgamento do *mensalão* - AP 470, passe a análise de um caso que demonstra bem como votavam os ministros antigos sobre determinadas matérias e como estão votando os novos.

¹¹⁷ A repercussão do julgamento do “mensalão” foi internacionalmente repercutida, como forma tardia da Justiça Brasileira demonstrar sua moralização quanto ao julgamento de processos envolvendo políticos: “É uma decisão pioneira que pode reformar a cultura de corrupção perniciosamente enraizada na política brasileira”. *Revista TIME*, 10 out. 2012; O Supremo Tribunal Federal mudou as regras da política brasileira ao tornar a prática da corrupção mais arriscada” *The Economist*, 29 set. 2012.; “... um raro avanço na prestação de contas dos políticos e um marco crucial da independência da Justiça brasileira”. *The New York Times*, 09 out. 2012; “Que os condenados cumpram pena de prisão é um grande avanço do primado da lei e do respeito as instituições do Brasil”. *Financial Times*, 13 nov. 2012; “... foi o teste definitivo da capacidade do Brasil de responsabilizar seus políticos por corrupção” *BBC*, 17 dez. 2012; “Cansados de décadas de escândalos nos quais os malfeitores pareciam agir com impunidade, os brasileiros estão de repente tendo a ousadia de esperar que a antiga prática de negociatas no país pode finalmente estar mudando”. *The Washington Post*, 30 out. 2012. (PEREIRA, Daniel; BONIN, Robson. A República Bolivariana do Brasil. *Veja*, São Paulo: ABRIL, ano 46, ed. 2319, n. 18, p. 69, 1º maio 2013).

¹¹⁸ No sentido de senso responsabilidade de julgar de forma a corresponder ao sentimento jurídico da sociedade.

¹¹⁹ “Quando questões de larga repercussão política ou social são decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias tradicionais: Congresso Nacional e Poder Executivo acontece o que se chama de Judicialização. Isso envolve uma transferência de Poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e na participação da sociedade. (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2013).

2.1 A mudança de paradigma da Corte suprema no julgar o Porte Ilegal de Armas

Em 2004, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso em Habeas Corpus - RHC 81.057/SP que possuía como pano de fundo a discussão sobre a configuração do crime de Porte Ilegal de Armas no Brasil.

Na ocasião, divergindo da Relatora a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que deveria prevalecer a tese de que, apenas nos casos de comprovada ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, é que ter-se-ia por tipificada a conduta descrita no crime de porte ilegal de arma de fogo (nos termos previstos pela Lei 9.437/97, que regia o fato *sub judice*). Nos casos em que não há ofensa ou lesão concreta ao bem jurídico tem-se que a conduta seria atípica. O exemplo, que se apresenta quase como truísmo, seria o da arma desmuniçada.

No mesmo caso, o ministro Cezar Peluso acompanhou o voto do ministro Pertence afirmando, ainda, que “não basta que o tipo penal esteja disposto à tutela de um bem jurídico fundamental; é preciso mais, é preciso que a conduta seja idônea a lesar ou pôr em perigo o mesmo bem, o que se traduz, para em pregar termos contemporâneos, na *danosidade da conduta*”. No caso, a tese do ministro Sepúlveda, reforçada pelos argumentos tecidos pelo ministro Cezar Peluso, acabou por prevalecer. Ressalte-se, por relevante, que o STJ, já sob a égide do Estatuto do Desarmamento, tem afastado o crime nos casos de porte de munição sem arma (STJ, HC 194.468) ou de arma sem munição (STJ, HC 118.773 e AgRg no REsp 998.993-RS).

Todavia, no ano passado de 2012, a 1ª Turma do STF, julgando HC em que se argumentava exatamente a ausência da danosidade na conduta de acusado que portava arma de fogo desmuniçada, entendeu que — por se tratar de crime de mera conduta, de perigo abstrato — a configuração do crime estava comprovada, sendo irrelevante perquirir, nestes casos, sobre a ofensividade real da conduta (HC 103.539/RS Relatora e Ministra Rosa Weber). No mesmo sentido foi o julgamento do HC 88.757/DF, da relatoria do ministro Luiz Fux. Assim também julgou o ministro Dias Toffoli no HC 101.994/SP, de sua relatoria.

De todo modo, o que se demonstra explicitamente é que a significativa divergência que tinha lugar antes, parece simplesmente ter deixado de existir no momento que houve uma troca de parte dos ministros do Supremo Tribunal.

O julgamento do *mensalão* foi o maior julgamento envolvendo a corrupção de políticos da história do Brasil. O julgamento sobre o Porte Ilegal de Armas foi bastante importante

contra o combate a criminalidade já tão desgastada no cenário de insatisfação pública. Corrupção e criminalidade são temas de políticas públicas os quais levam os cidadãos a virarem-se para os tribunais judiciais na esperança que sejam a última via para ver fazer-se Direitos e Justiça.

Ambos são reflexos de processos que a sociedade contemporânea brasileira transfere para a sistema judicial um papel central de controle social. Essa transferência para o campo do Poder Judiciário de conflitos de aspecto político como o combate a corrupção e a criminalidade envolvendo pessoas social e politicamente poderosas, tem vindo a expor os tribunais judiciais a um tipo de protagonismo que somente sob a ótica filosófica do Realismo Jurídico podem ser resolvidos e solucionados pelos magistrados.

Nesse contexto social e político, a questão que nos apresenta é a de saber qual o papel que o sistema judicial, globalmente considerado, pode desempenhar e as condições em que o deve fazer no desenvolvimento social. O que se espera é a efetiva promoção e defesa dos direitos dos cidadãos, que implica numa interpretação das leis "mais próxima" da Constituição Real.

A Constituição Real foi definida por Lassale como o conjunto das forças reais em presença num dado tempo e lugar, numa dada situação constitucional. E precisamente chamou a Constituição escrita de uma folha de papel pelo fato da Constituição Real na verdade se sobrepor, no plano da realidade, de concretização, ao que essa folha possa proclamar.

Se a Constituição Real é uma ordem das coisas, é o clima constitucional que se vive num dado tempo e lugar, a prática constitucional se restringe mais à atividade concreta dos atores protagonistas deste drama constitucional: titulares de órgãos de soberania (como os juízes) desde logo, e aqueles que, não o sendo, criam praxes, usos, e uma certa forma de aplicar a constituição. Essa é mais uma razão para os juristas não deixarem de fazer a melhor justiça por impossibilidades de ordem formais, aplicar a Constituição Real é propiciar aos jurisdicionados o resultado da prática constitucional¹²⁰.

Paulo Ferreira da Cunha nos ensina que a primeira realidade a ter em conta no complexo de entes em presença no Direito Constitucional Geral e a do fenômeno da Constituição, mais facilmente detectável de uma forma sociológica, enquanto realidade constitucional. E assim, o primeiro dado empírico que se concebe não é o do livro

¹²⁰ CUNHA, Paulo Ferreira. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006, p. 193.

"Constituição", nem sequer o das normas nele contidas. Mas sim, a experiência quotidiana da Constituição em ação¹²¹.

Na verdade a realidade constitucional é percebida no domínio de uma particular cultura, dentre de uma dada sociedade. Então a Cultura constitucional é o ambiente e o meio porque se vive e aborda a realidade constitucional. A realidade Constitucional relaciona-se com o conceito, sobretudo caro a cultura jurídica anglo-saxónica, de *law in action* (que se opõe ao *law in books*, que corresponderia, no nossos caso, à constituição formal)¹²². Mas que também se relaciona com a força normativa.

O conceito de Constituição Real, nem sempre usado é muito propício para justificar a possibilidade de respeito entre o Realismo Jurídico e a Constituição, vez que serve para enfatizar a distância que existe entre a constituição formal à realidade vivida da Constituição: ao tipo de comportamento das instituições, à forma de relação do Estado com os particulares¹²³.

¹²¹ CUNHA, Paulo Ferreira. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006, p. 189.

¹²² LOEWENSTEIN, Karl, *apud* CUNHA, Paulo Ferreira. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Juris, 2006, p. 191.

¹²³ *Ibidem*, p. 192.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa procurou explorar as contribuições do Realismo Jurídico norte-americano e oferecer subsídio, para um melhor conhecimento dessas ideias no Brasil. O trabalho dedicou-se a descobrir como os juízes tomam as suas decisões e em que medida as fundamentam. Essa corrente de pensamento, que foi influenciada pelos ideais da Filosofia Pragmática, se dedicou a repensar as possibilidades e os limites de aplicação do direito. Ao mesmo tempo, invocou também a importância de outras abordagens, tais como a psicologia, sociologia e economia, para o exercício do direito pelos juristas, além de defender o entendimento de que as decisões judiciais devem se referir ao bem-estar da sociedade.

Logo, no início deste estudo, salientou-se o fato de os Estados Unidos terem advindo do sistema jurídico da *Common Law*, no qual a jurisprudência dos tribunais e os costumes da sociedade sempre foram muito utilizados na resolução dos litígios postos em juízo, havendo uma forte característica de justiça e bem-estar nos julgados norte-americanos.

O entendimento de que as decisões judiciais devem se refletir no bem-estar da sociedade de sorte que a integridade ou elegância intelectual doutrinária sejam desejáveis apenas se contribuírem para esse bem-estar social adveio dos ideais pragmáticos norte-americanos do final do século XIX. Nele a teoria jurídica (no sentido semântico de definição de conceitos) deverá igualmente ser realista, e, ao mesmo tempo, contextual e adaptável ao sistema; ou seja, deve preferir as consequências aos argumentos teóricos e abstratos. Em suma, deve se ater mais aos meios para a realização dos fins sociais do que para a própria definição destes.

Nessa época da história do direito americano, os juristas passaram a se preocupar com as consequências das decisões jurídicas e de como e porquê os juízes tomavam suas decisões. Este fazer pensar sobre o Direito, que vai além do conhecimento das normas jurídicas, foram causas expoentes consideradas pré-realistas. Neste trabalho, foram dados destaque a dois teóricos: Christopher Langdell e o seu método do caso extremamente formalista, e Wendell Holmes, que inaugurou o pensamento propriamente realista de imprevisibilidade das decisões judiciais.

O Formalismo é a teoria disforme (contra a qual os realistas opõem a sua teoria), caracterizando-se pela crença de que o Direito consiste em um sistema fechado de regras e precedentes, capaz de atribuir respostas corretas a todos os problemas jurídicos.

O desenvolvimento do Realismo ocorreu nos bancos universitários, e o método do caso formalista, de Langdell, estava sendo aplicado na maioria das escolas de Direito dos Estados Unidos, o que propiciou escritos em revistas jurídicas acadêmicas antagônicos ao resultado lógico das decisões judiciais, decorrentes do método do caso de Langdell. O raciocínio realista é que o Direito deve justificativas para o conhecimento das condições sociais e, em conformidade com essas realidades, aplicar a lei. Os fatos passam a ser mais preponderantes do que as leis. E as decisões jurídicas dependem muito da valoração dos fatos pelo juiz e da aplicação das normas que ele fará na análise dos casos, abandonando-se a ideia de lógica das decisões.

Optou-se também por destacar os teóricos americanos, assumidamente realistas.

Holmes, por ser o principal e precursor responsável por influenciar todos os demais a abandonar as tradições analíticas e estáticas, abordando a ideia de que o direito ia se criando à medida que os casos fossem sendo julgados pelos magistrados.

Arthur Corbin, por ter se empenhado em descobrir o real papel do juiz na sociedade, defendendo que, para os advogados, é tão importante quanto o conhecimento das normas jurídicas conhecer o pensamento de cada juiz, pois, a partir dessa visão particular dos juízes sobre o que é justo, é que dependeria o resultado do processo.

Walter Cook, por ter se empenhado no estudo de que a aplicação dos direitos, dependia das consequências dos fatores externos sociais que circundam os fatos de um processo. Indiretamente, colaborou muito com as aspirações que depois passariam a denominar-se “sociologia jurídica”.

Karl Llewellyn tinha a preocupação da relação entre os juízes e o direito. Assim como os outros realistas, defendia que eles não deveriam considerar a letra fria da lei como o ponto mais relevante a ser ponderado em uma decisão judicial. Seu diferencial era que, para Llewellyn, a criação do direito não era nem do legislador, nem do juiz, mas, sim, da sociedade. Defendia que era, na análise jurídica dos fatos sociais, que o juiz ia percebendo como o direito estaria se direcionando. Por isso, desenvolve uma metodologia jurídica (métodos e funções do direito), na qual o direito vai se recriando constantemente, de acordo com a mudança de fatores e as realidades sociais.

Essas abordagens, inovadoras e progressistas do movimento realista, tiveram adesões de professores de Direito das universidades americanas que passaram a entender a coerência do pensamento realista e a defender, bem como lecionar a interdisciplinaridade do Direito com as demais ciências; e a necessidade de o juiz em não afastá-lo da realidade social. Essa mudança

de pensamento do *jus* filosófico foi alvo de críticas. Nesse trabalho, foi dado destaque às críticas formuladas por Roscoe Pound, porque foi por meio do debate, na troca de artigos jurídicos, publicados nas revistas de Direito de *Harvard e Columbia Law Review*, entre ele e Karl Llewellyn, que o Realismo Jurídico tornou-se reconhecidamente uma escola de pensamento jurídico nos Estados Unidos. Pound criticou os textos realistas que, segundo ele, se preocupavam demasiadamente com a postura dos juízes ao julgar e com a previsibilidade que os advogados poderiam fazer do resultado dos casos em litígio, com o estudo do comportamento dos magistrados. Para Pound, isto fugia do fim social do Direito. E foi, nas críticas ao Realismo, que ele fortificou os seus argumentos teóricos que o ajudaram a fundamentar a sua Teoria da Jurisprudência Sociológica. Ainda, nesta pesquisa, se abre breve espaço somente para constar a crítica contemporânea do jurista e sociólogo alemão que observa que os realistas maculam a Teoria do Direito e da Decisão Judicial, com argumentos de política, e que isso não é aceitável como solução jurídica justa, por ferirem a racionalidade e a segurança jurídica.

Como a pretensão desse trabalho é a percepção da presença de fatores sociais nas decisões dos magistrados, adentrou-se nesta questão, a fim de verificar como ocorre essa abertura interdisciplinar do Direito com outras ciências e a preocupação em adequá-lo à realidade social, constantemente em mutação.

Procurou-se demonstrar ainda que a luta pelo direito não positivado, todavia reconhecido cultural e socialmente, também é uma luta jurídica, por ser uma forma de exercício de direito político e de direito à cidadania. Tal concepção está atrelada ao sentimento jurídico, que deve ser considerado pelos juízes ao julgar. O conceito de experiência jurídica também foi exposto, com o intuito de reforçar a percepção da mutabilidade do valor de justo e injusto a depender da observação que se faz da sociedade. Tudo para concluir que as normas jurídicas positivadas não possuem respostas para todos os problemas que a sociedade, em sua constante mutação, apresenta. Problemas são inerentes às sociedades e ao Direito. Então, o papel do jurista, na busca de fazer justiça, é saber valorar, de forma indissociável, o sentimento jurídico, as experiências jurídicas e as leis.

A conceituação de experiência jurídica permite que se encontre juridicidade nas ações propostas pelos movimentos sociais, pois são as vivências do Direito as múltiplas e inúmeras formas que a juridicidade pode apresentar. Os exemplos jurisprudenciais relatados ajudam a entender como o exercício de um direito é muito mais complexo do que a sua positivação, por

envolver múltiplos sentimentos jurídicos e, conseqüentemente, experiências jurídicas em torno do mesmo objeto.

Em suma, pode-se concluir que a ideia, defendida neste trabalho, é a de que os juízes devem ter a mente aberta e descompromissada da adesão de um raciocínio mecânico, como o formalista. Serve, igualmente, para apontar que os juízes são práticos no sentido comum do termo, que inevitavelmente se preocupam com as conseqüências de suas decisões, mas não, necessariamente, que as tomem como o meio pelo qual avaliar os fins decisórios.

O Realismo Jurídico não é para ser encarado como um remédio universal para todos os problemas do Direito, mas, sim, para direcionar os juízes a considerarem as conseqüências de suas decisões, cujo equilíbrio é o resultado da interação de fatores, como razoabilidade, inclinações políticas e ideológicas, experiência profissional. A capacidade e formação extra legal dos juízes, para fazer a associação entre lei, fato e realidade social, é o que vai aproximar ao máximo as suas decisões do ideal de justiça.

Do que se discutiu, pode-se extrair que o magistrado tem várias opções possíveis de atuação, que são juridicamente válidas e sustentáveis. Por vezes, mesmo tendo ciência disso, opta pela utilização formalista de personalização da lei, fundamentando a sua decisão na letra fria da lei ou em argumentos clássicos da hermenêutica. Todavia, pode também optar pela via proposta tanto pela Jurisprudência Sociológica quanto, sobretudo, pelo Realismo Jurídico.

A opção “formalista” dos magistrados, que faz referência estritamente à disposição da lei, leva, por vezes, a um resultado que agrava tensões, promove violência, gera mal-estar generalizado, tem efeitos sociais ruins, oprime mais intensamente os mais desfavorecidos, desenvolve o subdesenvolvimento e distância a decisão dos magistrados da relação que deve manter com a Constituição Real.

O juiz é uma consciência e não, uma solidão social. O próprio ato sentencial, no qual repousa a fundamentação principal da afirmação de solidão do juiz, não é isolado. É que tal isolamento é apenas físico-material e nunca, histórico-cultural. Se é verdade que o juiz não pode delegar a outrem a prolação da sentença, não é menos verdadeiro que a meditação e a decisão, que redundam na concretização do trabalho, não se realizam graças aos deuses, mas são fruto do aprendizado profissional e pessoal acumulado ao longo da vida, em um autêntico processo histórico-cultural.

A existência mesma do homem já é uma atividade social, e aquilo que ele produz para a sociedade, seja no trabalho intelectual de prestação jurisdicional, seja no esforço físico que

redunda na engrenagem de uma máquina, são por si, a consciência de agir como um ser social.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Fábio Martins de. O Poder Judiciário e a Governabilidade. Comprometimento ou Independência?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2375, 1 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14109>>. Acesso em: 17 jul. 2013.

ANUÁRIO da Justiça 2010. São Paulo: ConJur Editorial, 2010.

BARROS, Juliano Napoleão. *O Direito como Vivência de Alteridade: A Tensão entre a Imanência e a Transcedência do Direito a partir do Raciovitismo de José Ortega y Gasset*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

BENVENUTI, Patrícia. Vila Itororó: Derrota da Moradia. *Brasil de Fato*, p. 48, 06 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/12213>>. Acesso em: 07 jul. 2013.

BERTOCCHI, Aido F. O Juiz e seu Poder Criadoz. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XVII, p. 202-211, mar. 1990.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Sociologia Jurídica*: Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.937/SP. Plenário. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3937relator.pdf> fl. 33>. Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.335-5. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Citação do Ministro Eros Grau em seu Voto no Julgamento da Reclamação nº 4.335-5 do STF, fl. 14. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do Direito e Movimentos Sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed. 8ª tir. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPOGRASSI, Giuseppe. *Opere*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959. vol. II.

CARDOZO, Benjamin. *The Nature of Judicial Process*. New Haven: Yale University Press, 1991.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Passagem do Direito: Coisa Devida, Dever-Ser e Devir, Direito por Vir*. Conferência apresentada no V CONGRESSO BRASILEIRO DE

CESARINI SFORZA, Widar. *Il Valore dell'Esperienza Giuridica*. Treviso: Crivellari, 1947. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*. Milano, 1984. vol. II.

_____. *Filosofia del Diritto*. 3ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. vol. II.

CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição Brasileira de 1988: Entre Constitucionalismo e Democracia. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 01, n. 06, pp. 413-429, 2008.

CORBIN, Arthur. The Law and The Judges. *Yale Review*, v. 3, pp. 234-250, 1914.

CORWIN, Edward S. Social Planning under the Constitution - A Study in Perspectives. *American Political Science Review*, vol. 28, pp. 15-22, 1932.

CRESCI SOBRINHO, Elício de. O Juiz Criador do Direito e a Interpretação Razoável. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XVII, pp. 21-32, nov. 1990.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Iniciação à Metodologia Jurídica*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Síntese de Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *Direito Constitucional Geral*. Lisboa: Quid Iuris, 2006.

_____. Reflexões sobre o Direito Contemporâneo. *Revista Páginas de Filosofia*, vol. I, n. I, pp. 39-44, jan.-jul. 2009. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PF/article/viewFile/865/958>>. Acesso em: 02 out. 2012.

DE WAAL, Cornelis. *Sobre o Pragmatism*. Tradução de Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Loyola, 2007.

DEFLEM, Mathieu. Jurisprudência Sociológica y Sociología del Derecho (Sociological Jurisprudence and Sociology of Law). Tradução de Andrés Botero Bernal. *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, vol. 05, n. 10, pp. 107-119, jul.-dic. 2006. Disponível em: <<http://www.sitios.scjn.gob.mx/instituto/sites/default/files/archivos/sociologica-y-sociologia-del-derecho.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2013.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução de Paulo Neves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA, Daniel Brantes. *Ensino Jurídico e Teoria do Direito nos EUA. A Dupla Faceta do Realismo Jurídico Norte-Americano*. Curitiba: Juruá, 2012.

FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. New Jersey: Transaction Publishers Edition, 2009.

FREIRE, João Pedro. O Juiz como Consciência Social. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano VII, pp. 43-48, mar. 1980.

GARCIA NETO, Paulo Macedo. *A Influência do Realismo Jurídico Norte-americano no Direito Constitucional Brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O Realismo Jurídico Norte Americano, a Tese de Charles Beard e a Experiência Constitucional Internacional Contemporânea*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10771/o-realismo-juridico-norte-americano-a-tese-de-charles>>

beard-e-a-experiencia-constitucional-internacional-contemporanea/2#ixzz1w04me4pY>.
Acesso em: 26 maio 2012.

_____. O Realismo Jurídico Norte-Americano é Intrigante. *CONJUR*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-15/embargos-culturais-realismo-juridico-norte-americano-intrigante>>. Acesso em: 04 out. 2012.

GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e Luta pela Moradia*. São Paulo: Loyola, 1991.

GONÇALVES, Guilherme L. *et al.* Globalização, Advocacia e Cursos de Especialização. *Direito GV*, v. 1, n. 1, pp. 48-51, jan. 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7006/Ed1_GlobalizacaoAdvocaciaECursos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 jul. 2013.

GROSSI, Paolo. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. O Ponto e a Linha. História do Direito e Direito Positivo na Formação do Jurista do Nosso Tempo. *Revista Seqüência*, n. 51, pp. 31-45, dez. 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: Sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I.

HARRIS, J. H. *Legal Philosophies*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2004.

HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.

HISTÓRIA DO DIREITO, realizado na Cidade de Curitiba, pelo Instituto Brasileiro de História do Direito e pela Universidade Federal do Paraná entre os dias 29 de agosto e 02 de setembro de 2012.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. New York: Dover, 1991. E-book. Disponível em: <https://search.4shared.com/postDownload/jN1hvO/Oliver_Wendell_Holmes_-_The_Co.html>. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. *The Essencial Holmes*. Chicago University Press, 1992. E-book. Disponível em: <https://www.goodreads.com/book/show/36488.The_Essential_Holmes>. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. The Path of Law. *Harvard Law Review*, v. 10, p. 457-478, 1897.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A Gramática Moral dos Conflitos Sociais*. 2ª ed. Tradução de Luis Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

HORWITZ, Morton J. *The Transformation of American Law - The Crisis of Legal Orthodoxy 1870-196*. New York: Oxford University Press, 1992.

LLEWELLYN, Karl. A Realistic Jurisprudence - The Next Step. *Columbia Law Review*, n. 4, pp. 431-465, 1930. E-book. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1114548?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102395472117>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, v. 44, pp. 1222-1256, 1931. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1332182?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21102309868241>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

LUCIO, Álvaro Laborinho. *Palácio da Justiça*. Porto: Instituto da Conferência, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 2006. (Coleção Primeiros Passos).

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Posner e a Análise Econômica do Direito: Da Rigidez Neoclássica ao Pragmatismo Frouxo: Diálogos da Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORRIS, Clarence (org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos do Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumman. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Antonio Castanheira. *O Direito Hoje e com que Sentido? O Problema Actual da Autonomia do Direito*. 2ª ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2011.

_____. *A Crise Actual da Filosofia do Direito no Contexto da Crise Global da Filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. O Direito como Fator de Desenvolvimento. *Revista da Faculdade de Direito de Caruaru/ASCES*, Caruaru, v. XI, n. 15, pp. 427-457, 1984.

PEIRCE, Charles Sandres. *How to Make Our Ideas Clear*. Tradução de Antonio Fidalgo. E-book. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/peirce_como_tornar_as_ideias_claras.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2013.

PEREIRA, Daniel; BONIN, Robson. A República Bolivariana do Brasil. *Veja*, São Paulo: ABRIL, ano 46, ed. 2319, n. 18, p. 69, 1º maio 2013.

POUND, Roscoe. The Call for a Realistic Jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 5, pp. 697-711, 1931. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0017-811X%28193103%2944%3A5%3C697%3ATCFARJ%3E2.O.CO%3B2-I>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 25ª ed. 22ª tir. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Direito como Experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RIBEIRO, F. T. C.; CAVALCANTE, H. C. *O Realismo Jurídico*. Disponível em: <www.anamatra19.org.br/artigos_/henrique_cavalvante/007.pdf>. Acesso em: 04 out. 2012.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SADEK, Maria Tereza; BANETI, Sidnei Agostinho; FALCÃO, Joaquim. *Magistrados: Uma Imagem em Movimento*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

SANDEL, Michael. Justiça. *O Que é Fazer a Coisa Certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

SILVA, Antonio Álvares da. *As Súmulas de Efeito Vinculante e a Completude do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: LTr, set. 2004.

SILVA, Luiz Augusto Beck. Sociologia do Direito Método Sociológico e Direito. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XVI, pp. 130-136, jul. 1989.

SILVEIRA, Jose Neri. A Função do Juiz. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano XIX, pp. 40-52, mar. 1992.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao Direito dos EUA*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lênio Luiz. *O Que é Isso Decido Conforme Minha Consciência?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 10, n. 20, pp. 37-57, 2º sem. 2007.

THOMPSON, Edward P. *A Formação da Classe Operária Inglês: A Árvore da Liberdade*. Tradução de Denise Bottman. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. vol. I.

VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 2ª ed. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

_____. Movimentos Sociais e a Questão do Pluralismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 76, pp. 95-115, jan. 1993.